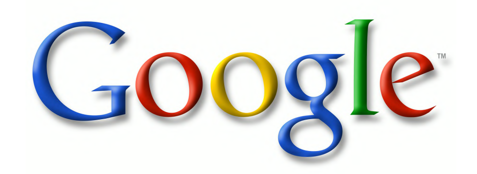
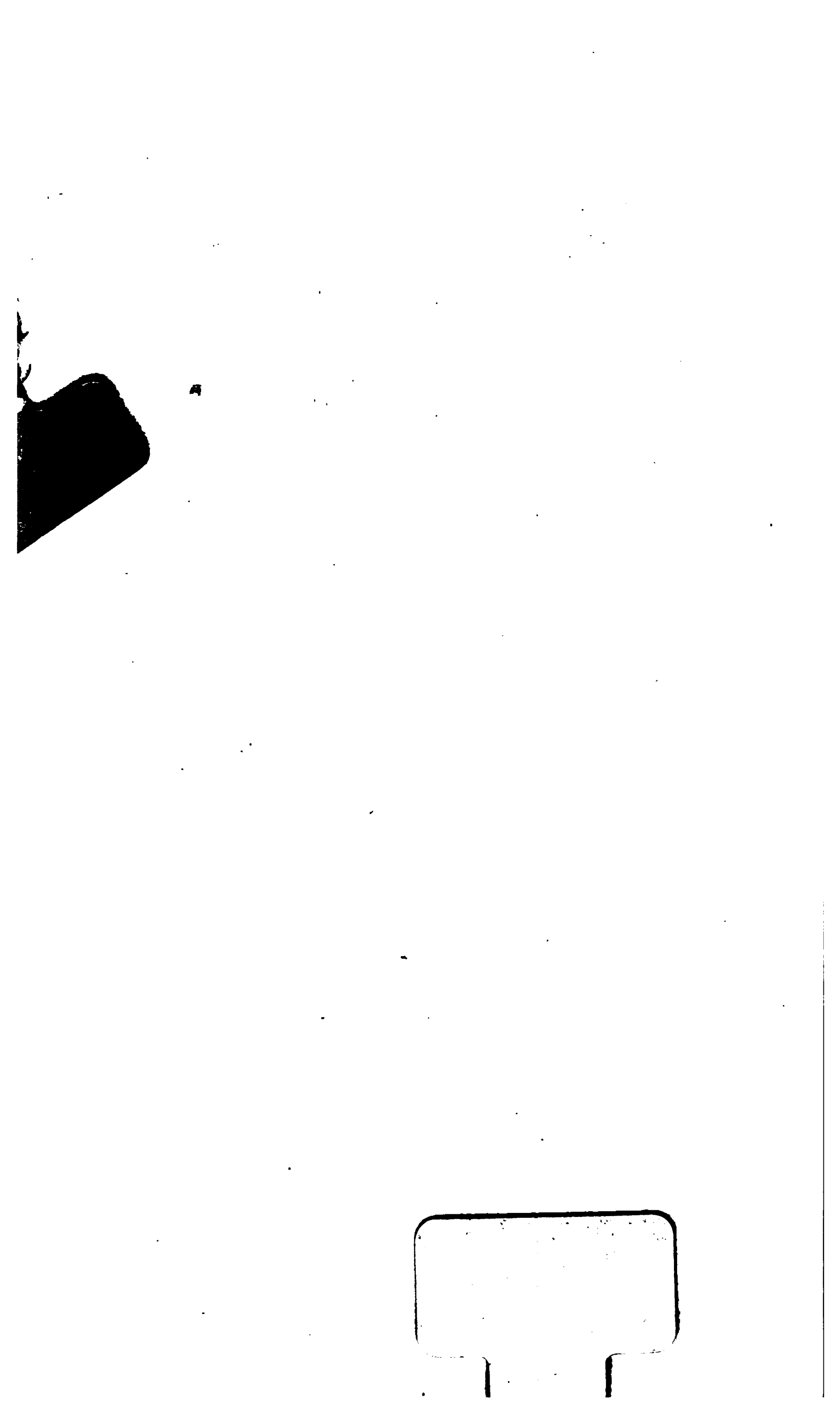


KOHLER

Die Menschenhülfe
im Privatrecht

1886



Die Menschenhülfe im Privatrecht

von

Dr. J. Kohler,
Professor in Würzburg.

Motto:
Der Rechtsfortschritt ist Kulturfortschritt, und jeder wahre Kulturfortschritt führt zur sittlichen Vervollkommnung.

(Separat-Abdruck aus Iherings Jahrbüchern für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts Bd. XXV. N. F. XIII.)

Jena,
Gustav Fischer
1886.

I.

Die Menschenhülfe im Privatrecht

von

Professor **Dr. J. Kohler** in Würzburg.

Motto.
Der Rechtsfortschritt ist Kulturfortschritt, und jeder wahre Kulturfortschritt führt zur sittlichen Vervollkommnung.

I. Einleitung.

Im 5. Buch Mose 22 v. 1 f. findet sich die schöne Bestimmung: „Wenn du deines Bruders Ochsen oder Schaf siehest irre gehen, so sollst du dich nicht entziehen von ihnen, sondern sollst sie wieder zu deinem Bruder führen. Wenn aber dein Bruder dir nicht nahe ist, und kennest ihn nicht, so sollst du sie in dein Haus nehmen, daß sie bei dir seien, bis sie dein Bruder sucht, und dann ihm wieder gebest. Also sollst du thun mit seinem Esel, mit seinem Kleide und mit allem Verlornen, das dein Bruder verlieret, und du es findest, du kannst dich nicht entziehen. Wenn du deines Bruders Esel oder Ochsen siehest fallen auf dem Wege, so sollst du dich nicht von ihm entziehen, sondern sollst ihm aufhelfen". Aehnliches besagt Buch 2 c. 23 v. 4 f. Darauf hat die jüdische Jurisprudenz den Satz gebaut, daß es die Rechtspflicht eines Jeden sei, den Andern vor drohendem Schaden möglichst zu bewahren [1]); und wie ernst dies gemeint ist, beweist das

1) Fassel, mosaisch rabbin. Civ.-R. I S. 194 f.

dem mosaischen Recht in vielen Punkten nachgebildete Recht der Armenier von Lemberg[1]), welches im c. 64 folgenden Satz aufstellt:

Si vero aliquis cum altero ad viam exiverit et uni ex eis accidens aliquod evenerit, videlicet aut per casum equi aut in ponte equus irretitus fuerit — aut currus oneratus in lutoso loco fuerit imersus, quod de facili ex luto exire non potest, aut talis currus pervertitur aut frangitur, tunc comes vie non debet ab illo socio sustinente accidens recedere; si vero recesserit, potest judicialiter eum convenire, quem jus debet secundum justiciam et jus punire.

Eine so weitgehende Rechtspflicht ist nur in solchen einfachen Verhältnissen durchführbar, und sie ist nur in Zeiten räthlich, wo das Recht mit Religion und Sittlichkeit im nächsten Bunde steht, so daß durch ein solches Hervortreten des Rechts die übrigen Gebiete nicht zu leiden haben. Denn das ist offensichtlich, daß durch solche Rechtspflicht die Macht der Individualität bedeutend geschwächt, ihre Initiative wesentlich beeinträchtigt wird; daß der Charakter, der nur in der freien Wahl seine Größe entfalten kann, unter dem Drucke des äußeren Zwanges Noth leidet[2]) — Uebelstände, welche sofort eintreten müssen, sobald die sittlichen Mächte des Theokratismus nicht mehr ausreichen, um diesen Mangel zu decken — und sie reichen gewöhnlich nur einige Zeit aus. Dazu kommen die Tausende von Complicationen, welche in unseren ver-

1) Bischoff, Das alte Recht der Armenier in Lemberg (Separatabzug aus den Wiener Sitz.-B. phil. hist. Classſ. XL. S. 31. [283]). Eine Analyse dieses wichtigen Rechtsdenkmals werde ich alsbald an einem anderen Orte geben.

2) Vgl. meinen Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 78 f.

wickelten Lebensverhältnissen eintreten, die Fülle der Conflicte, welche sich entspinnen würden, wenn die Hülfe eines Jeden und für einen Jeden ein rechtliches Gebot wäre — die Lebensaufgabe eines Jeden würde durch ständige Nebenaufgaben zerstückelt, die organisirte Thätigkeit durch ständige Unterbrechungen zerrissen. Eine Hülfs- und Unterstützungspflicht kann daher nur in beschränktem Kreise, nur unter den nächsten Angehörigen statuirt werden — im Princip. Für gewisse ganz besondere Fälle kann immerhin eine Ausnahme gelten, denn die Besonderheiten der Lebensverhältnisse können solche Ausnahmen herbeiführen. Im übrigen muß die Menschenhülfe zunächst der Sittlichkeit überlassen werden [1]), und hier feiert sie ihre schönsten Triumphe. Die Fülle der Liebe entfaltet sich da am schönsten, wo sie nicht in das Treibhaus der Rechtspflicht gesetzt ist, wo sie in freier, sittlicher Natur ihre Wurzeln schlägt. Hier entfaltet sich nicht bloß die äußere That, hier entfaltet sich das innere Gefühl wahrer Menschenliebe, wahrer Aufopferung für Dritte, und dieses Gefühl ist ein Fonds edler Menschlichkeit, in welchen kein Zwang zersetzend eingreifen darf. Nur eines ist zu betonen: als Wächter der Sittlichkeit haben wir keine Censur, aber die Menschheit hilft sich im Großen und Ganzen durch die Werthschätzung, welche sie für einen jeden Menschen an den Tag legt; ist auch diese Schätzung oft falsch oder mißleitet, so ist doch schon der Umstand, daß eine wenn auch nur fiktive Tugend ihre Anerkennung, ein obschon nur fiktives Laster seinen Abscheu findet, ein erfreuliches Zeichen für das lebendige Walten der sittlichen Mächte im Organismus der Gesellschaft. Und dieses darf nicht unterschätzt werden. Ganz besonders verfehlt ist es, wenn man mit den Pflichten der Sittlichkeit die Pflichten des

1) Vgl. zum folgenden die sehr interessante Schrift von Sainctelette, fragment d'une étude sur l'assistance maritime (Bruxelles 1885).

Rechts verwechselt, wenn man glaubt, daß eine Person, welche sich innerhalb der Schranken des Rechts bewegt, schon deßhalb sittlich integer sei, daß sie sittlich integer sei, auch wenn sie sich bis an die äußersten Grenzregionen des Rechts verloren hat. Erhaben ist die Aufgabe des Rechts, aber sie absorbirt nicht die Sittlichkeit, und es kann Jemand rechtlich unantastbar und doch im höchsten Grade unsittlich sein.

Multa legem non habent nec actionem, ad quae consuetudo vitae humanae lege omni valentior dat aditum [1]).

Auch wenn es keine Wuchergesetze gibt, ist der Wucherer mit Recht von der öffentlichen Meinung gebrandmarkt, und die öffentliche Meinung ist eine Macht; das Gericht wird seinem Anspruch nachgeben müssen, aber schon an dem Barreau wird und muß er Schwierigkeiten finden, und nur die gerichtliche Aufstellung nach § 33 der Anwaltsordnung würde einen Anwalt vor seinem Berufstande entschuldigen, wenn er sich einer solchen Sache annimmt. Denn für das ehrengerichtliche Verfahren gilt nicht nur der § 31, sondern auch der § 28 der Rechtsanwaltsordnung [2]).

Ganz besonders kommt die sittliche Menschenhülfe zur Geltung auf dem Gebiete der freien Association [3]), und wo der Einzelne durch Beruf und Pflicht abgehalten ist, da kann er seine Beihülfe durch Zutritt zur Association manifestiren; im Associationswesen wirkt die Menschenhülfe kraft organisatorischer Thätigkeit, und in dieser Organisation feiert sie viel grö-

---

1) Seneca, de benef. V 21.

2) § 28: Der Rechtsanwalt ist verpflichtet, — durch sein Verhalten in Ausübung seines Berufs — sich der Achtung würdig zu zeigen, die sein Beruf erfordert.

3) Ueber den organisirten Altruismus vgl. auch Dargun, Egoismus und Altruismus in der Nationalökonomie S. 54 f.

ßere Triumphe, als in der Vereinzelung: die Unterstützung wird reichlicher, sie ist dem Bedürfniß des einzelnen Falles angemessener, als wenn sie ex abrupto in zerstückelter Weise durch den Einzelnen nach Vermögen und Laune erfolgte. In viel weiterem Umfange aber kommt die Menschenhülfe zur Geltung durch den Staat und die übrigen öffentlichen Verbände. Von den Zeiten des bloßen Rechts- und Repressivstaates sind wir glücklicher Weise recht weit entfernt, und wenige werden ihn zurückwünschen. Immer mehr Aufgaben der Menschenhülfe zieht der Staat in seinen Bereich; immer mehr sorgt er für die Armen, Schwachen, Hülflosen, und in der staatlich organisirten Arbeiterversicherung liegt ein hoher Fonds sittlichen Gehaltes — immer weiteren Kreisen werden die Wohlthaten geordneter staatlicher Existenz fühlbar — doch dieses Gebiet haben wir hier nicht zu verfolgen [1]). Wohl aber sind noch einige Fälle zu besprechen, wo ausnahmsweise die allgemeine Menschenhülfe zur Pflicht gemacht ist.

II. Rechtspflicht der Menschenhülfe.

Die eine Bestimmung bezieht sich auf einen besonderen Fall der drohenden Gefahr, auf ein drohendes Verbrechen; in den verschiedensten Gesetzgebungen ist eine Anzeigepflicht statuirt, vielfach eine Anzeigepflicht bei begangenem Delicte, noch mehr aber eine Anzeigepflicht bei bevorstehendem Delicte, und dieser letztere Fall gehört hierher. Wie schon das Römische Recht [2]) in einigen Fällen, insbesondere bei dem Vorhaben des Parricidium eine Anzeigepflicht festsetzte [3]), wie das gemeine Recht bei

1) Ueber den Altruismus in der Staatsthätigkeit vgl. Dargun a. a. O. S. 72 f.

2) Ueber das chinesische Recht vgl. mein Chinesisches Strafrecht S. 36 f.

3) Vgl. fr. 2 de lege Pomp. de parric.

schweren Delicten eine Anzeige erfordert, ist bekannt[1]); ebenso bekannt ist die Bestimmung des deutschen St.-G.-B. § 139, sowie die Bestimmung des § 13 des deutschen Sprengstoffgesetzes; von den, öffentliche Delicte betreffenden, § 60, 77, 104 des deutschen Militärstrafgesetzbuchs kann hier abgesehen werden. Auch der § 139 St.-G.-B. spricht von öffentlichen Delicten, wie Hochverrath, Landesverrath und Münzverbrechen, er spricht aber auch von Delicten gegen Privatinteressen, wie Mord, Raub, Menschenraub, und die Anzeigepflicht ist hier zugleich eine Pflicht zur Vermeidung privater Verletzung eines Dritten, eine Pflicht zur Thätigkeit im Interesse eines Mitmenschen.

Ein zweiter Fall ist der Fall der polizeilich gebotenen Menschenhülfe, von welchem der § 360 Z. 10 des RStGB. handelt[2]). Dieser Fall hat mit dem vorigen das gemein, daß die Pflichten, obgleich sie Privatinteressen mitbetreffen, doch keine private, sondern publicistische Pflichten darstellen: Pflichten, welche dem Einzelnen nicht zur Wahrung der spezifischen Einzelinteressen, sondern im Interesse öffentlicher Sicherheits- und Wohlfahrtsregelung auferlegt sind, so daß der Einzelne nur per consequentiam dadurch Vortheil erlangt — ganz ebenso wie bei vielen staatlichen Veranstaltungen. Daher kann, wenn die Anzeige oder Beihülfe unterlassen ist, zwar Bestrafung eintreten, aber eine Entschädigungspflicht gegenüber der in Folge der Unterlassung benachtheiligten Person ist nicht zu statuiren.

---

1) Vgl. Liszt, Lehrb. des deutschen Strafrechts S. 592.

2) Vgl. auch § 21 des Reichspostgesetzes: „Wenn den ordentlichen Posten, Extraposten, Kurieren oder Estafetten unterwegs ein Unfall begegnet, so sind die Anwohner der Straße verbunden, denselben die zu ihrem Weiterkommen erforderliche Hülfe gegen vollständige Entschädigung schleunigst zu gewähren".

Ebenso verhält es sich mit einer dritten Beihülfepflicht, welche dem Seerecht angehört, mit der Pflicht, schiffbrüchige Personen zu bergen. Es wird im Folgenden sich ergeben, wie in dieser Situation vielfach der Egoismus zur Menschenrettung geführt hat: man rettete den Menschen und machte ihn zum Sclaven, man verlangte von ihm den Lebenspreis, das Compositionsgeld. In eigenartiger Weise aber ist in der neueren Gesetzgebung die Rettungspflicht zu Tage getreten, zuerst in Verbindung mit den Bestimmungen über die Schiffscollision: das Schiff, welches bei der Collision erhalten blieb, soll sich nicht theilnahmlos wegwenden, sondern für das zu Schaden gekommene Schiff nach bestem Vermögen sorgen; die Apathie gegen die Schicksale des unglücklichen Schiffes, das theilnahmlose Verhalten, das Sichentfernen, ohne ihm Beistand zu leisten, sind Dinge, welche von jeher als verdächtig erschienen sind: sie erregten die Vermuthung, daß es dem Kapitän eines solchen Schiffes nicht wohl zu Muthe sei, sie begründeten einen Verdacht dahin, daß durch sein Verschulden die Collision herbeigeführt worden ist. Diese Vermuthung hat die englische Gesetzgebung zu einer gesetzlichen Präsumtion erhoben; sie hat mehr gethan: sie hat auf dieses Verfahren eine Strafe gesetzt[1]). Damit war die Bahn gebrochen; es bedurfte nur noch eines Schrittes: man abstrahirte von dem (allerdings häufigsten) Falle der Collision und statuirte die allgemeine Pflicht, einem nothleidenden Schiff oder auch einer zur See nothleidenden Person thunlichst Beistand zu leisten — und ein neuer Akt der Menschenhülfe war mit rechtlicher Sanction umgeben — ein Act, für welchen sich eine solche Sanction um so mehr eignet, als die Staats- und Genossenschafts-

---

1) Schon 25. 26 Vict. c. 63 s. 33, jetzt Merchant Shipping Act v. 1872 (36. 37 Vict. c. 85) s. 16. Vgl. darüber auch Sainctelette, assist. marit. p. 10 f.

hülfe zur See zwar manches ausrichten kann, in den meisten Fällen aber dem unermeßlichen Elemente gegenüber machtlos dasteht.

So hat denn auch der Antwerpener Congreß v. 1885 a. 43 den Satz aufgestellt: **Le capitaine qui rencontre un navire, même étranger ou ennemi, en détresse, doit venir à son aide et lui prêter toute l'assistance possible, sous des pénalités à comminer par la loi de son pays;** und eine weitgehende Unterstützungspflicht statuirt das deutsche Gesetz v. 27. Dezember 1872.

Auch diese Pflicht ist keine private Verpflichtung des einen gegen den andern, es ist eine publicistische Pflicht, eine Pflicht, welche der Staat auferlegt, weil nicht nur der Einzelne, weil auch die Gesammtheit an der Sicherheit der Schifffahrt und an der Rettung des Menschenlebens betheiligt ist. Dies ergibt sich schon aus der Entstehungsgeschichte dieser Verbindlichkeit, und es sind bis jetzt keine Momente hervorgetreten, welche die Nöthigung ergäben, die Pflicht aus dem publicistischen Verbande zu lösen und in den privatrechtlichen Kreis zu übertragen. Vgl. auch das cit. deutsche Gesetz § 8.

Daraus ergibt es sich, daß zwar manche Fälle der Menschenhülfe nicht der freien sittlichen Initiative preisgegeben sind, daß in manchen Fällen die Zuchtruthe des Gesetzes die allgemeine Menschenhülfe gebietet — daß aber diese Fälle nicht in das Gebiet des Privatrechts gehören, daß daher eine privatrechtliche Verpflichtung zur generellen Menschenhülfe nicht zu statuiren ist.

Wohl aber kann das Privatrecht mit seinen Pflichtverhältnissen indirekt die Menschenhülfe berühren, und die Art, wie es diese Verhältnisse gestaltet, kann für die Bethätigung der Menschenhülfe von Bedeutung sein: die Menschenhülfe findet im Privatrecht zwar nicht ihr Gebot, aber sie findet in

ihm Förderung, Unterstützung, Aneiferung; und auf dieses Verhältniß des Privatrechts zur Menschenhülfe ist hier einzugehen.

III. Geschäfte in der Nothlage[1]).

§ 1.

Würde die Rechtsordnung den Satz statuiren, daß Geschäfte in der Nothlage nichtig seien, so wäre dies das beste Mittel, um jede hülfreiche Hand abzuwenden und den Unglücklichen seinem Schicksale unrettbar preiszugeben. Die Frage trat an die Römer heran, sie war im Alterthum praktisch, wie heutzutage; auch damals gab es Banditen, welche auf einen riscatto abzielten, und die Lehre vom metus war der Ort, wo die Frage brennend wurde; sie war es, seitdem die Römer des Gedankens mächtig wurden, daß die actio quod metus causa auch in der Art in rem gehe, daß es nicht darauf ankomme, von welcher Person der metus erregt werde. Darauf ist zum Verständniß des Ganzen noch etwas näher einzugehen[2]).

Hat A. durch Furchterzeugung eine Sache für sich gewonnen, so kann sie auf einen Dritten, Vierten und Folgenden übergehen. Daß die actio quod metus causa die Sache auch in diese dritte und vierte Hand verfolgt, daß, um mit Pedius zu sprechen, der Richter eum ad quem res pervenit zur Restitution zwingt, etiamsi alius metum fecit, war zwar nicht unbestritten, aber die bejahende Meinung brach sich Bahn; Vivianus wird als Hauptautorität für dieselbe

1) Vgl. zum Folgenden namentlich Schliemann, Lehre vom Zwang, und Kramer, de leer van den psychischen dwang in het burgerlijke regt (1864).

2) Vgl. zum Folgenden auch Schmidt, Civil. Abhandl. S. 16 f.

angeführt, fr. 14 § 5 quod met. causa[1]); sie mußte wesentlich gestützt werden durch die natürliche Anschauung, welche den Eigenthumsübergang im Falle des Zwanges kaum für berechtigt erachten wird[2]); und bei der Weite und Unbestimmtheit des in bonis esse lag die Auffassung nahe, daß man den Veräußerer, welcher sich mit der exceptio metus im Besitze der Sache erhalten und die bereits übergebene Sache mit einer actio Publiciana wirksam verfolgen konnte[3]), als fortdauernden bonitarischen Eigenthümer erachtete[4]); und in der That ist diese Auffassung im römischen Rechte vertreten, sie findet sich in Paulli Sent. I 7, 6, in fr. 9 § 6 quod met. causa, sie findet noch einen Nachklang in der Entscheidung Gordian's in c. 3 de his quae vi[5]).

Ein davon wohl verschiedener zweiter Fall ist es, wenn von vorn herein der metus auf den Erwerb eines Dritten abzielt; und dieser Fall bietet wieder zwei Abstufungen: entweder soll der Erwerb dem Zwingenden und einem Dritten zu gute kommen, oder er soll bloß einem Dritten zu gute kommen. Daß diese Complication von der vorigen weitaus

1) Auch die Moralisten erkennen die Rechte des Gezwungenen gegen den dritten gutgläubigen Erwerber an. Vgl. Liguori, Theolog. moralis IV[5] nr. 719.

2) Vgl. darüber meine Abhandlg. in diesen Jahrbüchern XVI S. 340.

3) Denn die exceptio dominii wurde durch replicatio metus entkräftet.

4) Man vgl. hiermit fr. 28 de nox. act., fr. 57 mand. Vgl. auch Schulin, über einige Anwendungsfälle der Publiciana in rem actio S. 45 f., Czyhlarz in diesen Jahrb. XIII S. 44 f.

5) Die Sache geht also auf den Successor über mit dem ihr innewohnenden Mangel; daraus folgt aber auch, daß, wenn der Mangel in der Person des Vorgängers gelöscht ist, etwa durch res judicata (also durch Klagabweisung des Gezwungenen), der Mangel auch in der Person des Nachfolgers nicht mehr besteht; wie dies auch von Schmidt S. 18 richtig bemerkt wird.

verschieden ist, leuchtet ein: die actio quod metus causa könnte in rem scribirt sein, und es könnte nichtsdestoweniger wahr sein, daß der Zwang von demjenigen ausgeübt sein muß, zu dessen Gunsten der erste Erwerb stattfindet, so daß die sachverfolgende Natur der actio lediglich darin bestände, daß sie den Erwerb des Zwingenden auch in der dritten Hand erreichte. Wie richtig dies ist, beweist das französische Recht[1]) — allerdings nicht die französische actio quod metus causa, wohl aber die französische actio doli[2]): denn die letztere ist wie die erstere eine action en nullité[3]), und die actions en nullité verfolgen die Sache in dritte Hand; aber während die Metusklage auch dann begründet ist, wenn der Metus von einem Dritten herrührt, setzt die Dolusklage voraus, daß die Täuschung durch den Vertragschließenden selbst erregt oder unterstützt worden ist: ist aber dies der Fall, so geht die actio nach französischem Rechte auch gegen den dritten Erwerber der Sache, gegen denjenigen, welcher sie von dem dolosen Contrahenten weiter erlangt hat — selbst wenn er sie bona fide besitzt.

Am nächsten mußte nun der Fall liegen, wo der Vortheil des Zwingenden und des Dritten Hand in Hand gingen, so daß der Zwang zunächst zwar die zwingende Person, zu-

1) Ueber die actio und exceptio metus im älteren französischen Rechte vgl. namentlich Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis XXXIV 26 f. (Beugnot II p. 14 f.).

2) Vgl. meine Gesammelten Abhandlungen S. 38 und die daselbst cit.; ferner Demolombe, Cours de Code Nap. XXIV nr. 183 f., Aubry et Rau, Cours de droit civil français IV § 336 (p. 259 f.). Bezüglich des holländischen Rechts vgl. Burg. Wetb. a. 1359. 1364. 1485. 1488 und dazu Kramer S. 493 f.

3) Ueber der Charakter der action en nullité und über den Unterschied derselben von der obligatorischen Restitutionsklage vgl. meine Gesammelt. Abhandl. S. 318 f.

gleich aber auch eine dritte bereichert — und doch ist hier noch Julian gestrauchelt. Ein Bürge zwingt den Gläubiger zur Acceptilation: die Acceptilation befreit den Bürgen, sie befreit aber auch den Hauptschuldner[1]; naturgemäß hat der Gläubiger die actio quod metus causa gegen den zwingenden Bürgen, wie aber verhält es sich mit dem debitor principalis? Noch Julian versagte[2] mit gewohntem Conservativismus die actio gegen den Hauptschuldner: nach Julian besteht eine actio nur gegen den befreiten Bürgen, welcher sich seinerseits mit dem Hauptschuldner ins Benehmen setzen und diesen veranlassen muß, daß er zur Wiederbegründung der Hauptschuld mitwirkt; die auf den Bürgen wirkende Compelle war allerdings scharf genug, der Bürge riskirte die sententia judicis, und diese ging auf das quadruplum[3]. Es wäre also ähnlich, wie wenn Jemand in Folge des Zwanges des A. eine Sache an A und B zugleich geschenkt hätte und man ihn auf den Ausweg verweisen würde: actio gegen A, welcher aber bei der poena quadrupli es zu bewirken hätte, daß sich auch B zur Rückübertragung verstände. Allein: non inmerito Julianus a Marcello notatus est: auch gegen den gewesenen Hauptschuldner geht die actio, sie geht auf Restitution des Hauptschuldverhältnisses, ebenso wie gegen den Bürgen auf Restitution der Bürgschaftsverbindlichkeit: dem Geschädigten steht der directe Weg offen, er ist nicht auf den Umweg verwiesen.

Diese fortgeschrittene Meinung wurde von den Juristen unbedenklich angenommen. Schon Gajus läßt, wenn

1) Und dies selbst dann, wenn die Hauptschuld nicht aus Verbalobligation stammte: hoc jure utimur, ut, licet reus non sit verbis obligatus, tamen acceptilatione per fidejussorem liberetur, fr. 13 § 7 de acceptil.

2) Vgl. hierzu auch Schliemann S. 43.

3) So fr. 9 § 8 quod met. causa.

ex facto debitoris metum adhibentis die Bürgen durch Acceptilation befreit sind, die actio auch gegen die Bürgen zu: ut se reponant in obligationem, fr. 10 pr. quod met. causa — obgleich natürlich der andere Weg, sich bloß an den Hauptschuldner zu wenden, welcher für weitere Garanten sorgen solle, keineswegs abgeschnitten war, fr. 10 § 1 eod. Und unter den Severischen Juristen fand diese Lösung nicht mehr den mindesten Zweifel. Ging man doch auch unbedenklich zur dritten und letzten Complication über, zu dem Falle nämlich, wo der Erfolg des Zwanges lediglich dem Dritten zu gute kommt: auch in diesem Falle sollte die actio quod metus causa gegen den Erwerber, gegen den Dritten stattfinden: sie sollte stattfinden, selbst wenn der Dritte völlig unbetheiligt, selbst wenn er optima fide war[1]). Und fürwahr, diesen Schritt mußte man machen, wollte man zu einem ausgiebigen Schutze des Gezwungenen gelangen, und dies gerade in der römischen Gesellschaft, welche so viel Surprisen zeigte, wo die wandelbare Menge in fieberhaften Auftritten die römischen Großen bis zum Kaiser hinauf bestürmte[2]). Sind es doch gewiß auch solche Tumulte, solche Wirren, solche Pöbelscenen, welche den römischen Juristen vorschweben[3]); da wäre allerdings mit der persönlichen Haftung des Unruhstifters wenig gedient gewesen: die Menge zerblättert sich in eine Unzahl von Individuen, und wenn der Gewaltakt geschehen, ist keiner mehr zu fassen. Daher sagt Ulpian: sive singularis sit persona, quae metum intulit, vel populus vel curia vel collegium vel corpus, huic edicto

1) Vgl. hierüber auch Pothier, Traité des obligat. I ch. 1 s. 1 a. 3 nr. 23.

2) Vgl. auch fr. 10 pr. ad leg. Juliam de vi publ.

3) Andere Gewaltthaten bestanden darin, daß man den Genöthigten festnahm und in seinen Hauskerker warf; solches war in der römischen Gesellschaft keine Seltenheit; man vgl. Paulli Sent. I 7, 8—10 (fr. 22 quod met. causa), vgl. auch fr. 5 pr. ad legem Juliam de vi publ.

locus erit, fr. 9 § 1 quod met. causa[1]); und daß gerade die Freilassungen auf solche Weise ertrotzt wurden, wissen wir aus fr. 17 pr. qui et a quib. (40, 9), und aus Dosith. 7. Mit Recht hebt Ulpian hervor, daß metus habet in se ignorantiam, weßhalb man dem Geschädigten den Nachweis nicht aufbürden könne, quis ei metum vel vim adhibu(er)it, fr. 14 § 3 quod met. causa. Vergl. auch Demolombe Cours de Code Nap. XXIV nr. 158.

Daher bestand kein Zweifel mehr: die Person des Zwingenden kam nicht weiter in Betracht, wenn es galt, die actio gegen den Erwerber zu statuiren; auch wenn der Zwingende ein Dritter, ein ganz Unbekannter, eine unfaßbare Menge war, so war die actio quod metus causa und die exceptio metus begründet, sie war begründet gegen den Erwerber d. h. gegen denjenigen, welcher aus dem erzwungenen Rechtsgeschäfte berechtigt war; und der pönale Charakter der actio quod met. causa, das quadruplum konnte hier keine Schwierigkeit machen — das quadruplum sollte ja lediglich Ungehorsamspön sein für Nichtbefolgung des richterlichen Geheißes, nicht Strafe für die Gewaltthat[2]) — die Gewaltthat als solche unterlag der lex Julia de vi[3]) und bezw. der lex Julia repetundarum[4]) oder sonstiger Ahndung[5]). So daher Ulpian in fr. 14 § 3 und in fr. 9 § 1 quod met. causa, sowie in fr. 4 § 33 de

---

1) Auch Sclaven und „Sclavenhorden" konnten die Zwingenden sein, fr. 16 § 1 quod met. causa, fr. 9 pr. qui et a quib.

2) Vgl. § 27 J. de act., fr. 14 § 1. 11. 15 quod met. causa, c. 4 de his quae vi; und hierüber Schliemann S. 5 f. 32. 46, Kramer S. 231 f., Lenel, Edict. perpetuum S. 91 f. Vgl. auch Eck, Festgab. f. Beseler S. 189 f.

3) Vgl. fr. 5 pr. ad leg. Juliam de vi publ., fr. 10 pr. eod., vgl. auch fr. 12 eod. Vgl. auch Wächter, Neues Archiv d. Criminalrechts XIII S. 225 f. 243. 375 f.

4) Titul. D. de lege Julia repetund., fr. 1 § 1 de calumn.

5) Vgl. tit. D. de concussione.

doli mali except.; so Paullus in fr. 11 quod met. causa. Vergl. auch c. 5 de his quae vi (a quo vis adhibita sit ... utrum ab emptore an vero sciente emptore ab alio[1]).

Daher brauchte auch die Klagformel die Bezeichnung des Zwingenden nicht zu enthalten; im Gegensatz zur actio doli, von welcher Ulpian sagt: in hac actione designari oportet, cujus dolo factum sit, quamvis in metu non sit necesse, fr. 15 § 3 de dolo: wem auf öffentlicher Straße der Ring erpreßt wurde, wer, durch eine Pöbelscene bestürmt, sein ganzes Vermögen hingegeben hat — der soll nicht weiter den Schurken, welcher ihn angefallen hat, zu benennen, er soll nicht die unfaßbare Menge in ihre Individuen zu zerlegen haben; er soll es nicht nöthig haben, wenn sein Ring am nächsten Juwelierladen hängt oder sein Hausrath eben auf dem Markte versteigert werden soll.

§ 2.

Damit war man bis zu den äußersten Gränzen gelangt; ein unvorsichtiger Umschlag, und man wäre an dem Falle gestrauchelt, welchen wir zum Ausgangspunkt unserer jetzigen Untersuchung genommen haben[2]).

Der eine Satz nämlich muß unter allen Umständen aufrecht erhalten werden, daß zwischen der Vergewaltigung und dem Rechtsgeschäft nicht nur ein objectives Causalitäts-, sondern ein subjectives Zweckverhältniß vorhanden sein muß[3]); denn

---

1) Das sciente emptore bezieht sich auf den dem Kaiser vorgetragenen Rechtsfall, es hat keine limitative Bedeutung. Bekanntlich fehlt es auch in den Basiliken (X 2, 28; Heimbach I p. 496). Vgl. Kramer S. 186 f.

2) Vgl. zum Folgenden Kramer S. 180 f.; Demolombe, Cours de Code Nap. XXIV nr. 150 p. 138, sagt vom Code civ., das Wort violence: doit s'entendre d'une voie de fait pratiquée avec intention, par une personne sur une autre, dans le but d'extorquer son consentement.

3) Unrichtig in dieser Beziehung Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 255 f. Anm. 5, welcher verkennt, daß die Herbeiführung einer

andernfalls ist durch die Gewaltthat zwar eine Nothlage geschaffen, aus welcher weitere Nothlageverhältnisse hervorgehen, aber es fehlt der Gewaltthat das Characteristikum des metus illatus, es fehlt das Charakteristikum, welches die Herbeiführung der Zwangslage zum Metus erhebt — denn der metus illatus ist nicht etwa bloße Nothlageerzeugung, nicht bloße Bedrückung der Individualität, sondern er ist Einwirkung zu einem bestimmten Zwecke; und die actio und exceptio metus zielen nicht dahin, alle Folgen der Nothlage zu zerstören, sondern sie zielen dahin, den Zweck zu vereiteln, welchem die Nothlage nach dem Willen des Begründers derselben dienen sollte; sie zielen dahin, den Erfolg zu zerstören, welchen der Zwingende durch seine Unthat zu erreichen versuchte.

Denn nicht die eigenthümliche Lage des Willens der Genöthigten ist es, was die Rechtsordnung zu einer Repression führt [1]); nicht das Uebergewicht des einen Motivs, nicht der Geisteszustand, bei welchem der eine Impuls alle anderen Impulse verdrängt, nicht die Gestörtheit des normalen Gleichgewichts in der Motivlage des Wollenden ist es, was die actio metus bezeichnet: denn solche Situationen, wo ein Motiv dem andern das Eintrittsthor versperrt, wo der Handelnde nur durch einen einzigen Beweggrund geleitet wird, kommen häufig ge-

---

Nothlage ohne solche Tendenz überhaupt keinen metus involvirt; es wäre ein verfehltes Prinzip, wenn die Rechtsordnung den Satz aufstellen würde, daß es contra bonos mores wäre, „eine Willenserklärung, die aus rechtswidrig erzeugter Furcht entsprungen ist, anzuerkennen" (ib. S. 255. 256). Dann wäre auch der Kauf einer Pistole nichtig, durch welchen ich mich in die Lage versetzen will, meinem mich verfolgenden Feinde entgegenzutreten.

1) Eine Bestimmung, wornach in Verkehrsgeschäften der Zwang oder Nothstand das Geschäft ipso jure nihilirte, wäre grundverfehlt. Mit Recht widersprechen dem auch die Moralisten; vgl. z. B. Liguori, Theol. moral. IV 5 nr. 716: talem contractum esse quidem rescindibilem, non vero invalidum, neque de jure naturali neque positivo; non naturali, quia metus non tollit simpliciter voluntarium .....

nug vor, und die Rechtsordnung würde im höchsten Grade gestört, wollte sie nur solche Geschäfte anerkennen, welche bei der Windstille und bei der sonnigen Ruhe des Gemüthes zu Stande kommen. Auch wer von Haß und Eifersucht geleitet Rechtsgeschäfte abschließt, handelt gültig; auch derjenige handelt wirksam, bei welchem alle anderen Motive in einem einzigen Motive untergehen, welches ihn tyrannisirt; nur selten sieht sich die Rechtsordnung veranlaßt hier entgegenzutreten [1]). Der Grund der actio metus ist vielmehr der Kampf gegen den rechtswidrig erstrebten Erfolg: das Recht müßte selbst abdanken, wenn es kein Mittel zur Redressirung derartiger Erfolge gewährte.

Wer daher in der Nothlage mit einem Dritten Geschäfte abschließt, um sich aus dem Mißverhältnisse zu lösen, der vollzieht völlig wirksame Geschäfte und ist auch nicht in der Lage, sie später umzustoßen; — das Gegentheil würde dahin abzielen, daß die Hand, welche sich dem Unglücklichen zuwenden will, zurückgestoßen würde — denn wer wollte noch einem solchen Unseligen helfen, wenn das Recht den Helfer in der Noth zum Danke mit einer Metusklage heimsuchen würde? Das wäre das beste Mittel, um denjenigen der Hülflosigkeit preiszugeben, welcher der Hülfe am meisten bedarf!

Daher unterliegt nur dasjenige Geschäft der Anfechtung, zu dessen Zweck die Nothlage von dem Vergewaltiger, — sagen wir von dem Banditen — herbeigeführt oder — unterhalten wird; denn die absichtliche Unterhaltung der Nothlage steht allerdings der Herbeiführung gleich: der Bandit braucht die Absicht des Gelderwerbs noch nicht im Momente der Gefangenneh-

1) Es beruht auf der Besonderheit des Ehescheidungsaktes, wenn: quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit judicium animi fuisse, fr. 3 de divort.

mung zu haben, es genügt, wenn er die Gefangenschaft zu diesem Zwecke fortdauern läßt: wer einen Racheakt an einem Gouverneur zu vollziehen vermeint und im Dunkel der Nacht einen Engländer gefangen nimmt, der handelt ebenfalls im Gebiete des metus, wenn er nun diesen Unglücklichen bis zur Zahlung eines riscatto zurückbehält [1]).

Doch muß auch in diesem Falle stets die Initiative des Nothlagegeschäfts von dem Vergewaltiger selbst ausgehen. Wer lediglich Geld annimmt, weil ihm der gefangene Feind solches zur Lösung anbietet, und wer sich dadurch erweichen läßt, der handelt zwar schmählich, aber er handelt nicht im Gebiet des Metus [2]). Denn es fehlt an dem subjectiven Zusammenhange zwischen der Vergewaltigung und der Geldannahme: das Aufhören der Vergewaltigung hängt allerdings auch subjectiv mit der Geldannahme zusammen, aber die Vergewaltigung hatte in keinem Momente den Zweck der Gelderlangung, sie stand mit dem Geldempfang in keinem subjectiven Connexe. Dies ist kein Widerspruch: es kann ja sehr wohl vorkommen, daß die Beendigung eines Verhältnisses mit einer Leistung zusammenhängt, während die seitherige Fortdauer mit derselben nichts zu thun hatte — wenn der socius sich durch eine Geldsumme von einer ihm unangenehmen Societät löst, so war doch der seitherige Bestand der Societät in keinem Momente auf die Erzwingung dieser Leistung angelegt. Der Gelderwerb ist hier nicht das Motiv des seitherigen Zustandes, sondern er ist das Motiv, welches anderwärtige zur Aufrechterhaltung dieses Zustandes führende Motive niederdrückt; der Erwerb ist Nothlagelösungsmotiv, er ist nicht Nothlagemotiv. Doch darüber ist später zu handeln. Hier ist nur

1) Vgl. auch **Kramer** S. 181 f.

2) Es ist derselbe Unterschied, wie zwischen verbotener Geschenkannahme und Amtserpressung.

hervorzuheben, daß natürlich die Initiative auch eine stillschweigende sein kann; die Banditen, welche gewerbsmäßig Personen gefangen nehmen und gegen riscatto freilassen, die Bravos, welche die Gelderpressung zu ihrem Lebensberufe machen und vielleicht vor den Augen des Engländers ein anderes Opfer abschlachten, das die Riscattosumme nicht zu zahlen vermochte, geben auch ohne viele Worte ihre Initiative sehr deutlich zu verstehen; daß die Willenserklärung eine stillschweigende, indirekte sein kann, zeigen solche Fälle ad hominem.

§ 3.

Daher sind Geschäfte in dieser Riscattonothlage, welche dahin zielen, nicht die Zwecke dieser durch den Banditen herbeigeführten Nothlage zu erfüllen, sondern sie zu vereiteln, vollgültig; gültig sind daher die Verträge, welche auf Beförderung von Nachrichten an Dritte, auf Bestechung des Wachpersonals, auf die Flucht des Gefangenen abzielen; gültig sind die Darlehnsgeschäfte, welche dem Gefangenen die Mittel bieten sollen, um auf diese Weise zu seiner Befreiung zu wirken und den Banden des Verbrechers zu entschlüpfen. Gültig ist aber auch ein Darlehen zum Zwecke des Loskaufs selbst, ein Darlehen, welches dem Gefangenen die Mittel gewähren soll, den riscatto zu zahlen. Hier stehen wir allerdings auf der äußersten Grenze. Wäre hier nicht zu sagen, daß dieses Darlehen ja eben die Zwecke des Banditen fördern und ihm helfen soll, sein Ziel zu erreichen? Allein das Darlehn soll diese Zwecke nur scheinbar erfüllen; es soll es ermöglichen, dem Räuber eine Zahlung zu machen, welche auf der einen Seite den Gefangenen löst, auf der anderen Seite mit der actio quod metus causa wieder rückgängig gemacht werden kann. Der Räuber erhält daher allerdings sein Geld, aber er soll, wie

der Teufel in der Sage, um den Lohn wieder geprellt werden. Das Darlehen soll diesen „Schleichweg" des Rechts fördern, bei welchem List gegen Gewalt gesetzt wird. Und wenn auch in vielen Fällen die Absicht der Rechtsordnung scheitert und der Räuber die Leistung faktisch lucrirt, weil die actio metus bloße Theorie bleibt, so ist dies kein Grund, um der rechtlichen Gestaltung eine andere Deutung zu unterlegen.

Aber für die Rechtsbeständigkeit dieses Darlehens spricht noch ein zweiter durchschlagender Grund. Sollte auch das Recht mit dem Darlehen die Zwecke des Unrechts befördern, so befördert es sie doch nur, um noch größeres Unrecht zu verhüten. Wenn es sich um den Beutel des Reisenden oder um seinen Kopf handelt, so würde die Rechtsordnung ihre höchste Aufgabe verkennen, wenn sie das Leben preisgäbe, um das Geld zu retten; das wäre völlig gegen die geheiligte Rangordnung der Lebensgüter, welche die Rechtsordnung aufrecht halten muß, will sie ihrer Aufgabe genügen: der Aufgabe nämlich, einem jeden Rechtsgute den ihm entsprechenden Schutz zu bieten. Daher läßt das Recht das Darlehen zu, das Recht läßt es zu, daß der Bandit sein Geld erhält, — aber es rettet dadurch das Leben des Reisenden. Und wollte man erwidern, um diesen Preis müsse das Recht die Zahlung an den Banditen selbst aufrecht erhalten, da der Bandit nur gegen wirksame, bleibende, vollgültige Zahlung das Leben des Gefangenen verschonte, um diesen Preis müsse daher das Recht die actio quod metus causa selbst aufgeben, so wäre diese Argumentation mit den Lebensverhältnissen im Widerspruch: der Bandit kümmert sich nicht um die Rechtsordnung und um dasjenige, was das Civilrecht für gültig oder nichtig erklärt; er flieht die Gerichtssäle, und seine Stütze liegt in den Bergen, in den Höhlen, in den Waffen, in der Collusion der Bevölke-

rung. Die Befürchtung vor der actio metus wird daher selten oder nie ein Motiv seines Handelns sein.

In einem Falle wäre allerdings ein derartiges Darlehen der Metusklage unterworfen, wenn es nämlich von einem Spießgesellen des Räubers gegeben wird, welcher sich etwa eine Verpflichtungsurkunde unterzeichnen läßt und diese in Verkehr bringt[1]): auf solche Banditenspießgesellen braucht das Recht keine Rücksicht zu nehmen, für sie wird es gleichgültig sein, ob sie in den Gerichtssälen Recht finden oder nicht; ein solcher wird sich überhaupt nicht an das Tageslicht wagen, für ihn ist es gleich, ob das Recht nach dieser oder jener Seite hin sein Licht und seinen Schatten wirft. Die Anfechtbarkeit eines solchen Vertrags wird daher auf die Schicksale des Reisenden keinen erheblichen Einfluß ausüben, und die Rechtsordnung ist daher durch derartige Umstände nicht gehindert, ihrem freien Triebe zu folgen; und der freie Zug der Rechtsordnung führt hier, in diesem Falle, zur Anfechtung, weil jeder, welcher auf diese Weise die Erreichung der Zwecke des Banditen tendenziöse unterstützt, an der illatio metus theilnimmt und den Erfolg des metus fördert.

Mit richtigem Takte hat daher bereits Pomponius (in seinem Edictscommentar[2]) den praktischen Kern der Sache erfaßt und damit die Lehre glücklich um die bedenklichste Klippe geführt: eleganter Pomponius ait, si quo magis te de vi hostium vel latronum vel populi tuerer vel libera-

---

1) Ob die Einrede des Zwanges im Wechselrechte dem gutgläubigen Indossatar gegenüber durchdringt, ist eine andere Frage, auf welche hier nicht einzugehen ist.

2) Und zwar im 28. Buche, vgl. fr. 7 § 1, fr. 9 pr., fr. 12 § 1 quod met. causa, fr. 1 § 4 de dolo malo, fr. 7 § 2. 7, fr. 11 § 4, fr. 13 § 1, fr. 16 § 2 de minor.; und vgl. damit fr. 39 § 6 de procur. (lib. 25 ad edictum), fr. 11 § 5 de recept. (lib. 33 ad edictum). S. Hommel, Palingenesia II p. 376 f. 379 f.

rem, aliquid a te accepero vel te obligavero, non debere me hoc edicto teneri nisi ipse hanc tibi vim summisi, fr. 9 § 1 quod met. causa — nur darf uns auch bei dieser Entscheidung die unzureichende Motivirung nicht stören; und wenn man noch heutzutage unsere Rechtsanschauung an die Motive römischer Juristen binden will, so ist es gerade so unrichtig, als wenn man unsere sprachliche Wissenschaft an die grammatikalischen Leistungen aus den Tagen Ciceros und Papinians ketten wollte. Die Sprache hat in den Zeiten ihrer besten Bildungskraft unbewußt geschaffen, und in mehr unbewußtem Fühlen als in bewußtem Erkennen ist die römische Jurisprudenz groß geworden. Pomponius also erklärt derartige Nothlagegeschäfte für gültig; das Motiv ist folgendes: operae potius meae mercedem accepisse videor: ich habe für meine Hülfeleistung den Preis meiner Mühewaltung erhalten: ich habe den Preis erhalten, den ich mir ausbedungen habe — richtig, aber warum ist das Preisgeding gültig? Dies sagt uns der Jurist nicht; in der That ist es gültig, weil es zwar unter dem Banne der Nothlage, aber nicht unter dem Banne des metus steht, weil der metus illatus nicht auf dieses Geschäft gerichtet ist, und weil die Rechtsordnung zwar Metusgeschäfte aber nicht Nothlagegeschäfte redressirt, weil eine Redressirung der puren Nothlagegeschäfte den Zwecken der Rechtsordnung nicht entsprechen würde: die Rechtsordnung darf nicht dahin abzielen, von der Menschenhülfe abzuschrecken. Den Ausspruch des Pomponius gibt mit einiger Variation Paullus[1]) wieder, die Argumentation ist, wie bei Paullus gewöhnlich, etwas treffender: nicht von merces operae, sondern von merces depulsi metus ist die Rede: das Geschäft soll den metus nicht unterstützen, sondern ihn abwehren; die Reaction gegen den

1) Sent. I 7 § 5.

metus trifft es daher nicht [1]). Von dem Hauptfalle, dem Riscattogeschäfte aber, oder mindestens von einem dem Riscattofalle analogen Falle handelt bereits der alte Servius Sulpicius und nach ihm Alfenus Varus: die interessante Stelle ist uns durch Paullus erhalten worden, fr. 20 (21) pr. de neg. gest. [2]). Auf die sämmtlichen Schwierigkeiten dieser Stelle ist hier nicht einzugehen; wesentlich für uns ist nur das unzweifelhafte Ergebniß, daß, wer den Riscatto für einen anderen übernimmt oder gar zahlt, um dessen Befreiung zu bewirken, dafür Ersatz verlangen kann [3]).

Verhält es sich doch mit einem solchen Nothstande ganz ebenso wie mit jeder anderen Nothlage — wie mit einer Nothlage, welche nicht durch metus erzeugt worden ist [4]), wie mit

1) Der in anderer Beziehung richtige Gesichtspunkt, daß die Leistung an den Lebensretter eher Belohnung als Schenkung ist, findet sich Paulli Sent. V 11 § 6.

2) Eine Gefangennahme zum Zwecke des Riscatto schildert auch Apulejus, Metamorph. IV 23: Tu quidem salutis et pudicitiae secura brevem patientiam nostro compendio tribue, quos ad istam sectam paupertatis necessitas adegit. Parentes autem tui de tanto suarum divitiarum cumulo quamquam satis cupidi, tamen sine mora parabunt scilicet idoneam sui sanguinis redemtionem. IV 25: Nimirum, inquit, tanto compendio tuae redemptionis defraudare juvenes meos destinas?

3) Richtig entscheiden daher auch die Römer, daß es kein turpiter acceptum ist, wenn sich Jemand einen Anzeigelohn geben läßt, um einen fugitivus oder fur anzugeben, fr. 4 § 4 de cond. ob turp. caus., fr. 15 praeser. verb.: nec videtur illicitum esse hoc quod datur, quare qui accepit, quia ob causam accepit nec improbam causam, non timet condictionem. Ueber die redemtio captivi vgl. Pfandr. Forsch. S. 50.

4) Daraus ergibt sich zugleich, wie unrichtig eine Rechtsbehandlung wäre, welche ein erzwungenes Geschäft deshalb für nichtig erklären wollte, weil der Wille nicht die nöthige Freiheit hätte. Dann wären alle Nothlagegeschäfte nichtig; denn wie könnte es in Betracht kommen, ob die Präoccupation des Willens durch Menschenwerk oder durch Naturereigniß eingetreten ist? Ob Jemand auf eine einsame Küste verschlagen oder durch Räuber dorthin gebracht worden ist?

einer Nothlage, welche auf der natürlichen Fügung der Dinge beruht. Wer in fremde Länder verstoßen, wer auf der Reise beraubt ist, wer Schiffbruch gelitten hat, wer in die Gewalt eines Feindes gefallen ist, welcher seinen Kopf will — der ist in ähnlicher, vielleicht in noch schlimmerer Zwangslage. Würde die bloße Noth der Situation die Geschäfte vernichten, so würden auch die loyalsten Geschäfte derjenigen, welche ihm die Mittel zur Abhülfe gewährten, durch das Recht gebrochen und der Rath- und Hülflose würde erst recht einsam und verlassen dastehen. Da wäre es der größte Fehler, das Rechtsleben zu unterbinden und derartigen Geschäften die rechtliche Kraft zu entziehen — im Gegentheil, eine solche Situation bedarf der helfenden Potenzen des Rechts, sie bedarf der rechtlichen Befestigung mit besonderer Energie; das Recht soll dem Bedrückten helfen, es soll ihm nicht die Rettungsplanke zertrümmern, an welche er sich klammert.

§ 4.

Allerdings hat diese außergewöhnliche Situation auch ihre Kehrseite; die Hülfsbedürftigkeit setzt den Bedrückten im Kampfe der Verkehrsinteressen zum Voraus in eine wenig begünstigte Situation, und ein wenig loyaler Gegner ist in der Lage, diesen Nothfall auszunützen und dem Unglücklichen die allerschlimmsten Bedingungen zu setzen; der Hülfsbedürftige ist häufig in der Situation eines Kämpfers, der sich auf Gnade und Ungnade ergeben muß: ein Schluck Wasser in der Wüste Sahara wird mit einer halben Million bezahlt, eine Mutter verspricht ihr Vermögen, um ihr Kind zu retten. Der illoyalen Ausbeutung dieses Verhältnisses kann nun allerdings das Recht nicht ruhig zusehen, es muß einschreiten gegen einen schweren Mißbrauch einer derartigen Situation, gegen Be-

dingungen, welche in schreiender Weise über das Niveau der objectiven Leistungsverhältnisse hinausgehen. Aber ein schwerer Mißbrauch eines solchen Verhältnisses ist nicht metus, sondern Wucher, allerdings nicht immer ein Wucher in gesetzlichem Sinne [1]), wohl aber ein Wucher, bei welchem die Anforderung an die Rechtsordnung ergeht, einen solchen Vertrag — zwar nicht zu cassiren, aber auf ein mittleres Niveau herabzumindern, natürlich unter Berücksichtigung der schwierigen Verhältnisse des Falles, aber unter einer Berücksichtigung, bei welcher die besonderen schwierigen Verhältnisse als die Rechtfertigungsgründe einer legitimen Preissteigerung, nicht aber als die Entschuldigungsgründe einer unwürdigen Ausbeutung erscheinen; und zwar muß die Schneide des Rechts in allen Fällen solches wucherische Gezücht durchhauen, mag nun der Nothstand ein Metusnothstand sein oder mag er in der Ungunst des Schicksals seine Quelle haben. Der Retter soll seine reiche Belohnung sich ausbedingen dürfen, aber er soll nicht die Hülfslage benutzen, um den Geretteten zu berauben.

Dieses hat auch das Seerecht schon längst gefühlt, und die Bestimmungen von der Minderung der Verträge über Hülfs- und Bergelohn sind das Produkt dieses Rechtsgedankens [2]); der

---

1) Wird unter solchen Umständen ein Darlehen zu übermäßigen Zinsen gegeben, dann kommt das deutsche Wuchergesetz (§ 302a RStGB.) in Anwendung. Von diesem Falle soll im Folgenden abgesehen werden.

2) Ueber Verträge in der Seenoth vgl. bereits die Rooles d'Oléron a. 4 (Pardessus, Collection I p. 326), Consulat der See ch. 208 (Pardessus, II p. 256 f.), ch. 232 (ib. II p. 307 f.), wo (p. 308) treffend bemerkt ist: si los dits li hanran demanat trop (nämlich als Hülfelohn) è ell los ho haurá atorgat: ells no n' deven haver tot ço que ell los haurá atorgat, ans deu esser més en poder de bons homens qui ú meten en convinença. Und als Grund ist angeführt: si aquells li haguessen demanada la meytat de la roba è de la nau, ell la l's haguera otorgada, no per raó que ells hi hagen ne la y deguen aver. Vgl. ferner Guidon de la Mer ch. 31 (ib. II p. 394).

a. 743 des deutschen Handelsgesetzbuchs[1]) ist nur der Ausläufer eines Princips, welches im Civilrecht volle Anerkennung erfordert und welches etwa dahin zu formuliren wäre, daß Verträge, welche in einer dem anderen Theile bekannten Nothlage abgeschlossen werden, im Fall des Uebermaßes gemindert werden können; eine Nothlage wäre aber überall anzunehmen, wo eine präsente Gefahr für Leib oder Leben oder für ein bedeutendes Vermögensgut obschwebt[2]).

Es ist daher civilistisch unrichtig, solche Verträge in Nothfällen, auch wenn sie das ordentliche Maß weitaus überschreiten und auf das Gebiet des Wuchers übergehen, mit Metusgeschäften auf die gleiche Linie zu stellen[3]); es würde solches zu ganz unhaltbaren Consequenzen führen. Der Metus

---

1) Der Antwerpener Congreß v. 1885 will in a. 44 eine Bestimmung, wie folgt: Tout contrat fait durant le danger est sujet à rescision (Journ. du droit intern. privé 1885 p. 638). Ueber fremde Seerechte vgl. Schröder in Endemanns Handb. d. HandR. IV S. 293; Entsch. des R. OH. G. 23./2. 1872 Entsch. IV S. 422 f. 436 f., wo auch Literatur des englischen und amerikanischen Rechts. Ein weiteres Eingehen auf rechtsvergleichende Einzelheiten würde dem Zweck dieser Abhandlung widersprechen. Vgl. noch ROHG. 1./4. 1873 (Entsch. IX S. 358 f.), RG. 7./1. 1885 (Entsch. XIII S. 131 f.)

2) Für die Reduction excessiver Nothstandsversprechen auch Pothier, Traité des obligations nr. 24: Néanmoins si j'avais promis une somme excessive, je pourrais faire réduire mon obligation à la somme à laquelle on apprécierait la juste récompense du service qui m' a été rendu; vgl. auch Larombière, Théorie et prat. des obligat. I nr. 12 ad a. 1111 f. p. 73. Dagegen mit Unrecht: Laurent, Principes de droit civ. franç. XV nr. 519. — Demolombe, Cours de Code Nap. XXIV nr. 150. 151 und andere wollen damit helfen, daß in excessiven Fällen der Vertrag wegen mangelnder Einwilligung für nichtig zu erklären (la volonté même a disparu dans l'égarement de cette terreur ou de ce désespoir, ib. nr. 151) und dem Retter nach Maßgabe oder Analogie der Gestionsgrundsätze eine billige Vergütung zuzusprechen sei. Zu vgl. ist noch Anwaltsgeb. (Ordn.) § 93.

3) Unrichtig insbesondere Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 257 (No. 5).

macht das ganze Geschäft ineffectiv, indem der aus dem Metusgeschäfte Berechtigte gehalten ist, die erlangten Ansprüche nicht geltend zu machen, und indem er verpflichtet ist, das bereits Erlangte zu restituiren[1]); es findet nicht eine bloße Minderung auf ein raisonnables Maß statt: der Erwerber ist gehalten auf alles, nicht auf einen bloßen Theil seines Erwerbs, (etwa auf denjenigen Theil, welcher zur Dienstleistung im Mißverhältnisse steht) zu verzichten[2]). Eine solche Gestaltung wäre aber für unsere Geschäfte geradezu funest; denn hier kann möglicher Weise ein Uebermaß die Folge der augenblicklichen Surprise sein, in welcher sich beide Theile befinden, und jedenfalls liegt die Frage, wo das unberechtigte Uebermaß beginnt, nicht immer auf der Hand; ein solcher Rechtssatz wäre daher ganz geeignet, den Nerv derartiger Geschäfte zu lähmen.

Man könnte nun allerdings versucht sein die Zugehörigkeit derartiger Verträge zur Klasse der Metusgeschäfte durch folgende Construktion zu retten: man könnte sagen, auch das sei ein metus illatus, auch das sei eine Drohung, daß der

1) Nicht die bloße Bereicherung; wer eine aus dem Metusgeschäfte herrührende Sache erworben hat, muß sie restituiren, ohne daß er den Kaufpreis, den er an den Rechtsvorgänger bezahlt hat, davon in Abzug bringen dürfte; vgl. fr. 14 § 5 quod met. causa, § 1 J. de except.

2) Wenn Jemand mir die Pistole an die Brust setzt und mich zwingt, gegen Zahlung von 100 Mark meine Reisetasche von ihm tragen zu lassen, so muß er mir meine vollen 100 Mark restituiren ohne Abzug des Lohnes welcher für solchen Dienst üblich ist. Ich brauche mir höchstens abziehen zu lassen, um was ich bereichert bin, und dies kann gleich Null sein, wenn ich etwa die Reisetasche am betreffenden Orte zurückgelassen oder sie selbst getragen hätte. Anders wäre es, wenn Jemand dem facchino für das Tragen der Reisetasche den üblichen Preis schuldete und derselbe, um diesen üblichen Preis zu erlangen, ihn bedrohte; dann läge keine Erpressung vor und keine actio metus wäre gegeben, da hier der facchino nur erreichte, was er zu fordern hat. Hier würde nur widerrechtliche Selbsthülfe (bezw. Nöthigung) vorliegen. Vgl. Liszt a. a. O. S. 428.

Dritte dem Hülfsbedürftigen für den Fall, daß er den Vertrag nicht abschließt, seine Hülfe zu entziehen droht; auch das sei ein psychologischer Zwang, daß er ihm die Perspective der Fortdauer des Nothstandes eröffnet für den Fall, daß er auf seine Bedingungen nicht eingeht. Dies ist aber stricte zu verneinen, und in der Mißkennung dieses Falles liegt ein Hauptfehler unserer strafrechtlichen Lehre von der Erpressung [1]). Denn wenn in § 253 des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs davon die Rede ist, daß Jemand einen anderen durch Drohungen zu einer Handlung nöthigt, so sind unter diesen Drohungen solche Drohungen verstanden, welche eine (an sich berechtigte oder unberechtigte) Einwirkung auf die Lage des Bedrohten in Aussicht stellen, es sind Drohungen eines Uebelthuns, es sind Drohungen, wornach der Drohende ein Leidensverhältniß des anderen Theiles veranlassen, mitveranlassen oder auf dessen Fortdauer einwirken will: es sind Drohungen irgend einer Einwirkung, welche die Lage des Bedrohten schlimmer gestaltet, als sie ohne diese Einwirkung wäre. Wer aber nichts weiteres thut, als daß er den Anderen seinem Schicksale überläßt, der wirkt nicht auf seine Lage ein, er steht ihr indifferent gegenüber, er beeinflußt seine Situation nicht, er sieht ihr als ein unthätiger Dritter zu — die Drohung aber, einem Anderen als unthätiger Dritter gegenüberzustehen, ist keine Drohung im Rechtssinne [2]). Anders wäre es natürlich, wenn etwa ein Krankenpfleger den Patienten, ein Alpenführer den Passanten, ein Katakombenführer den Reisenden seinem Schicksale über-

1) In dieser Beziehung ist viel gefehlt worden, und diese Fehler sind von dem schlimmsten Einflusse auf die Energie des Rechtslebens. Zuletzt wäre es noch Erpressung, wenn Jemand seine Wohnung kündigt, falls nicht ein Zimmer neu tapeziert wird, oder wenn Jemand sich weigert, einen Vertrag abzuschließen, falls ihm nicht gewisse Bedingungen gewährt werden!

2) Vgl. auch Schliemann S. 22 f.

lassen zu wollen drohte[1]); denn ein solcher stünde der hülfsbedürftigen Persönlichkeit nicht als ein unthätiger, indifferenter Dritter gegenüber: wer die Lage einer Person auf sich genommen hat, der ist ihr gegenüber nicht in der bloßen Passivität, sondern er handelt: er handelt nicht nur, insofern er eine Aenderung der Sachlage herbeiführt, sondern auch wenn er die Situation beläßt, wie sie war; ganz ähnlich wie der Steuermann handelt, nicht nur wenn er das Steuer bewegt, sondern auch wenn er eine Bewegung desselben unterläßt, beides ist Ausfluß seiner dirigirenden Thätigkeit: in der richtigen Reihenfolge von Bewegung und Ruhe liegt ja das Geheimniß seiner Kunst[2]). Der Steuermann, welcher sein Steuer, der Führer, welcher den Fremden verläßt, stellt sich zu seinem Opfer nicht in die Lage der causallosen Passivität, er läßt nicht geschehen, was ohne ihn geschieht — sondern er führt durch sein Verlassen erst die hülflose Lage herbei, welche ohne sein Zuthun nicht eingetreten wäre, er veranlaßt die Nothlage, ebenso wie er sie veranlassen würde, wenn er das Steuer falsch ableitete oder den Passanten an einen Ort binden würde und hülflos zurückließe. Und wenn er etwa seine weitere Thätigkeit von dem Versprechen eines Vermögensvortheils, etwa von der Zeichnung eines Wechsels abhängig machte, dann wäre nicht etwa bloßer Wucher, dann wäre civilistisch metus und strafrechtlich Erpressung vorhanden. Ebenso wäre es, wenn etwa Strandbewohner durch falsche Feuer das Scheitern des Schiffes herbeigeführt hätten und dann die Rettung von dem Versprechen eines Hülfs- oder Bergelohnes abhängig machen

1) Noch mehr natürlich, wenn er denselben vorher absichtlich auf Irrwege führte, aus denen er sich nicht herauszuhelfen wüßte. Man vgl. den wahrhaft entsetzlichen Fall, den uns Ulpian schildert in fr. 8 de variis et extraord. cogn.

2) Vgl. darüber mein Markenrecht S. 387 f.

würden [1]). Denn wer das Unglück dolos herbeigeführt hat, ist verpflichtet, dasselbe soweit zu mindern, als eine Minderung möglich ist, er nimmt dadurch die Minderung des Unglücks auf sich [2]).

Es ist daher keinem Zweifel unterworfen, daß, damit actio oder exceptio metus vorliege, die Nothlage zum Zweck des Rechtsgeschäftes herbeigeführt oder unterhalten sein muß, und daß ein solches Herbeiführen oder Unterhalten nicht in der bloßen Passivität, wohl aber in dem Abbrechen eines übernommenen Hülfsverhältnisses [3]) liegen kann.

§ 5.

Daraus geht hervor, daß in zwei Fällen von der actio metus keine Rede ist; einmal dann nicht, wenn der in Noth befindliche seine eigene Nothlage veranlaßt hat; sodann aber auch in dem Falle nicht, wo diese Nothlage zwar von dem

---

1) Dies auch dann, wenn die Strandung etwa ohne den Gedanken an einen Bergelohn herbeigeführt wäre und erst nachträglich, nachdem Jemand unvermuthet heil geblieben ist, der Gedanke an den Bergelohn aufgetaucht ist. Dasselbe wäre der Fall, wenn Jemand einen Andern etwa aus bloßem Hasse in die Hände von Banditen geliefert hätte und nachträglich die Rettung unter der Bedingung einer Belohnung sich versprechen ließe. Vgl. auch fr. 9 § 1 quod met. caus. *verb.*: nisi ipse hanc tibi vim summisi.

2) In diesem Falle könnte daher der Bergelohn auch mit einer condictio ob turpem causam zurückgefordert werden: es ist inhonest, in einem solchen Fall einen Bergelohn anzunehmen, wo man selbst der dolose Veranlasser des Unglücks ist. Daher entscheidet auch der römische Jurist in fr. 4 § 4 de cond. ob turp. caus. vortrefflich: si ipse fur indicium a me accepit vel furis vel fugitivi socius, puto condictionem locum habere; während die Annahme eines Anzeigelohnes von Seiten eines Dritten berechtigt ist und zu keiner Reclamation Anlaß gibt, vgl. oben S. 28 No. 3.

3) Die Uebernahme eines solchen Hülfsverhältnisses kann durch Vertrag erfolgen, sie kann auch (wie im letzterwähnten Falle) erfolgen durch Delict; auch kann das Verhältniß der Hülfepflicht durch die Natur gegeben sein (Mutter und Kind), oder durch die staatliche Stellung einer Person.

Gegner veranlaßt oder unterhalten ist, aber ohne die Tendenz des rechtsgeschäftlichen Zwanges.

Wer sich selbst in den Nothstand versetzt hat, ist nicht in der Metuslage, wenn er Mittel sucht, um sich derselben zu entziehen. Wer daher ein Delict begangen hat und, um die ungünstigen civil- oder strafrechtlichen Folgen von sich abzulenken, Gelder verspricht, hat nicht das Recht, sich auf metus (Erpressung) zu berufen; so insbesondere wenn er Gelder gibt oder verspricht, um die Anzeige, den Strafantrag oder die Revocation wegen Undanks abzuwehren. Ein vortreffliches Beispiel bietet fr. 21 pr. quod met. causa: eine liberta fürchtet für ihre Freiheit, weil sie sich dem Patron gegenüber undankbar benommen hat[1]); sie gibt oder verspricht dem Patron Geld, damit dieser auf die Revocation verzichte: cessat edictum, quia hunc sibi metum ipsa infert. Allerdings besteht hier eine nahe Grenze, nach deren Ueberschreitung wiederum das unerlaubte Gebiet des metus illatus, der Erpressung, beginnt. Hätte der Patron der Liberten mit der Revocation gedroht[2]), falls sie ihm nicht eine Geldsumme zahlte, dann würde die Sache sofort auf das Gebiet des Delictes hinüberschlagen — solche Verhältnisse stehen oftmals auf der Schneide, und eine kleine Nuance kann die Handlungsweise auf das verbotene Gebiet hinüberwerfen. Würde nämlich der Patron drohen, so wäre mit der Drohung die Lage der Liberten bedeutend verschlechtert: ein gezücktes Schwert ist gefährlicher, als das Schwert, welches in der Scheide rostet; die Drohung manifestirt, daß nicht nur die objective Möglichkeit der Revocation gegeben ist, sondern daß der Patron wirklich eine

---

1) Mit welcher Schamlosigkeit die Freigelassenen mitunter dem Paron dankten, davon geben uns die Verhandlungen in Tacit. Annal. XIII 26 ein deutliches Bild.

2) Vgl. auch OAG. Jena $\frac{4}{2}$ 1844 Seuffert Arch. XX 219.

solche bereits im Sinne trägt; und wenn der Patron nun die Drohung zum Zwecke der Gelderlangung geäußert hätte oder wenn er die bereits geäußerte Drohung zu diesem Zweck wiederholen würde, so wäre der Metusthatbestand gegeben [1]). Treffend bemerkt daher Donellus, de jure civili XV c. 39 nr. 14: Sed hoc tum recte dici videtur, cum ingrata ultro ad patronum venit ingratitudinem agnoscens et petit ut patronus eo accepto quod offert ingratitudinis poenam remittat. Caeterum si patronus ultro ei servitutem denuntiet, nisi quid det aut promittat, nihil causae est, cur non et hic recte dicatur patronus metum servitutis intulisse [2]).

So erklären sich denn auch die betreffenden weiteren Stellen der Digesten, insbesondere fr. 7 und 8 quod met. causa: es liegt metus vor, wenn Jemand einen Ehebrecher verhaftet oder einen Dieb ergriffen hat und von diesem eine Geldsumme verlangt und erreicht, damit er ihn freilasse, fr. 7 § 1, fr. 8 pr. quod met. causa — dagegen liegt kein metus vor, wenn der Ehebrecher von freien Stücken aus Geld bietet, um ihn zu entlassen, oder der Dieb von sich aus zahlt, um freien Kaufs davon zu kommen. Wer in solchen Fällen ohne Drohung Geld gibt, befreit sich damit nur von der Nothlage, in welche er sich selbst versetzt hat; wer aber auf ein drohendes Verlangen des Anderen hin Geld gibt, der

1) Auf diese Weise erklärt sich auch c. 10 de his quae vi: accusationis institutae vel futurae metu alienationem seu promissionem factam rescindi postulantis improbum desiderium est. Dieselbe will besagen: Wer in Furcht vor einer künftigen Anklage oder nach erhobener Anklage sua sponte sich mit dem Ankläger vergleicht, hat keine actio quod met. causa. Vgl. auch bezügl. dieser Stelle OAG. Jena 1/4 1844 Seuffert Arch. XX 219.

2) Donelli Opera, Ed. Florent. 1842, IV p. 384. Vgl. zu der Stelle ferner Savigny System III S. 105 Anm. m, Schliemann S. 25 No. 14.

befreit sich von der gesteigerten Nothlage, in welche ihn der andere Theil versetzt hat.

Man könnte dem entgegenhalten, daß der andere Theil berechtigt war, diese Nothlage zu steigern, daß der Ehemann (nach dem Rechte jener Zeit) berechtigt war, den Ehebrecher festzunehmen, daß der Bestohlene berechtigt ist, den Dieb seiner Strafe zuzuführen — richtig, allein er ist nicht berechtigt, diese Nothlage zu steigern, um sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen, zu dem er kein Recht hatte [1]). Die Herbeiführung der Nothlage, auch wenn sie sonst eine berechtigte wäre, wird unrechtmäßig, wenn sie zu unerlaubten Zwecken stattfindet, wenn sie als Mittel der Ausbeutung eines anderen benutzt wird [2]). Der Zweck heiligt nicht, aber er entheiligt das Mittel; in der Nacht des unsittlichen Zweckes erlischt ein jedes Licht, welches der Handlungsweise innewohnte, und wer eine an sich gerechtfertigte Nothlage schafft, um den anderen zu berauben, gleicht dem Offizier, welcher einen Soldaten auf die Schanze stellt, um sich damit seines Nebenbuhlers zu entledigen. Die Herbeiführung der Nothlage muß allerdings eine unberechtigte sein, aber sie ist eine unberechtigte auch dann, wenn sie, obwohl in thesi berechtigt, zu rechtswidrigen Zwecken erfolgt: das Recht gestattet die Nothlageerzeugung öfters, aber es knüpft diese Gestattung an die selbstverständliche Voraussetzung, daß diese Gestattung nicht zu rechtswidrigen Zwecken

1) Verlangt er daher bloß die Summe, welche ihm von Rechts wegen zukommt, dann liegt keine Erpressung und kein Metus vor; fr. 12 § 2 h.

2) Vgl. auch Schliemann S. 25, Kramer S. 179, Demolombe, Cours de Code Napol. XXIV nr. 148 f., Unger, Oesterreich. Privatrecht II S. 50 No. 24, Exner, Rechtserwerb durch Tradition S. 258 No. 8. Vgl. auch Reichsgericht ⅟₁₁ 1888 Entschl. X S. 188. 192. Auch Dalcke in Goltdammer Arch. XVII S. 11 f.

mißbraucht wird [1]): wenn heutzutage ein Privattödtungsrecht bestände, etwa aus Blutrache, so wäre es doch Nothzucht, wenn Jemand eine Frauensperson, indem er sie mit dieser Tödtung bedrohte, zur Duldung der Geschlechtsverbindung vermögen würde.

Soweit, was die Nothlage betrifft, in die man sich selbst gesetzt hat und die etwa von einem Anderen gesteigert und mißbraucht worden ist.

Aber auch der zweite Fall bedarf noch der Besprechung: die Nothlage ist von einem Anderen erzeugt, ich gebe ihm Geld, um mich zu lösen und löse mich — aber der Gelderwerb war nicht der Zweck bei Erzeugung der Nothlage: andere Motive haben zur Vergewaltigung geführt und die Geldlösung war bloß das Mittel, um diese anderweitigen Motive zu beschwichtigen: A will den B aus Haß tödten und B gibt ihm seine Börse — eine Erpressung, ein Metus liegt hier nicht vor; denn es fehlte an der auf das Geldgeschäft gerichteten Tendenz, welche die illatio metus charakterisirt. Oder A will

---

1) Allerdings, solange die Rechtsordnung ein Fehderecht und eine Sühnung durch Abkaufen der Fehde statuirt, ist weder die Vergewaltigung durch die Fehde noch die Geldsühnung rechtswidrig, soweit und sofern sie sich innerhalb der von der Rechtsordnung gesetzten Schranken hält; daher sind in diesen Zeiten Fehdesühnungen gültig, sollte auch die Zahlung durch Drohung mit weiterer Fehdeübung erpreßt sein. Hätte die Rechtsordnung solches in jenen Zeiten nicht zugelassen, so hätte sie ihren Zweck nicht erreicht, durch den Gelddurst die Fehdelust zu brechen. Daher sagt Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis XXXIV 31 (Ed. Beugnot II p. 17): Se je fes pes à mes anemis et lor doins du mien por peur qu'il ne m'ocient ou mehaingnent, et puis voille ravoir ce que je lor donai por le pes, on doit regarder s'il y avoit fet parquoi haine fust née, ou guerre; et s'on voit qu'il y eust guerre ou haine, cil qui dona por pes avoir, ne doit pas ravoir le sien, porce qu'il y avoit cause de maltalent .... Et s'on rendoit ce qui est donés por tex causes, moult de bones pes en demorroient, parquoi grans maus porroit avenir.

die B nothzüchtigen und läßt sich durch die Hingabe des Geschmeides von der That zurückhalten [1]). In diesem Falle läge ebensowenig Erpressung und metus vor, als beispielsweise Nothzucht vorläge, wenn Jemand eine Frauensperson aus Haß tödten wollte und diese durch kokette Selbstpreisgabe den Haß von sich abzulenken oder gar in Liebe zu verwandeln wüßte.

Allerdings trifft hier zu, was bereits oben entwickelt wurde. Auch wenn die Nothlage nicht zum Zwecke des Erwerbs herbeigeführt, sondern nur zu diesem Zwecke gesteigert oder unterhalten wird, so liegt Metus vor: die reine Nothlage geht in die Metuslage über. Es liegt daher ein Metusfall allerdings vor, wenn derjenige, welcher seinen Feind aus bloßem Hasse gefangen hat, nunmehr auch andere Gefühle faßt und ihm ein riscatto auferlegt, ohne welches er ihn tödten oder in der Gefangenschaft behalten wolle; und wenn etwa der andere Theil sua sponte Geld anböte, so wäre es Erpressung, wenn er eine Erhöhung des Geldes begehrte. Der Vergewaltiger muß aber, wenn die Gewalt nicht zum vorweg auf Erpressung abzielt, nachträglich die Initiative ergreifen, weil nur durch solche Initiative die Zwangswirkung zur Zweckwirkung wird; eine solche Initiative liegt allerdings auch dann vor, wenn er feilscht und eine Erhöhung der angebotenen Summe begehrt — denn hier liegt die Initiative zwar nicht in der ursprünglichen Summe, aber in dem augmentum. Und daß der auf Gelderwerb gerichtete Zweckwille auch still-

---

1) Wenn es in fr. 8 § 2 quod met. causa heißt: Quodsi dederit ne stuprum patiatur vir seu mulier, hoc edictum locum habet, so ist damit nur gesagt, daß die Drohung mit Nothzucht geeignet ist, die Metuslage herbeizuführen. Sie ist dazu geeignet, nur muß eben die Voraussetzung einer jeden Metuslage vorliegen: die Drohung muß eine tendenziöse sein.

schweigend geäußert werden kann, ist bereits oben ausgeführt worden.

Fehlt es aber an einer solchen subjectiven Zweckbeziehung zwischen Zwang und Rechtsgeschäft, liegt nichts Weiteres vor, als daß der Eine sich anschickt Gewalt zu gebrauchen und der Andere sich durch Geld loskauft, ist daher die Verbindung zwischen Nothlage und Rechsgeschäft nur eine objective, dann ist von einer actio metus keine Rede [1]).

§ 6.

Damit ist nicht gesagt, daß die Rechtsordnung einen solchen schmählichen Erwerb bestehen ließe [2]); sie läßt ihn ebensowenig bestehen, als den Wuchererwerb; und zwar handelt es sich hier nicht, wie beim Wucher, um einen unsittlichen Sürplusprofit, um ein unsittliches Uebermaß; sondern die ganze Correlation zwischen dem Gelderwerb und der Unterlassung einer rechtswidrigen Thätigkeit ist unsittlich und widerrechtlich — denn es ist widerrechtlich, daß die Integrität rechtlicher Güter durch Geld erkauft werden muß: der Rechtsschutz wäre kein genügender Rechtsschutz, wenn die Rechtsordnung zwar gegen die Verletzten einschritte, wenn sie aber nicht gegen diejenigen einschritte, welche die Verletzung gegen einen anderwärtigen Verlust unterlassen, welche das eine Gut intakt lassen gegen das Opfer des anderen.

Solche Geschäfte sind daher nicht bloß zu mindern, sondern aufzuheben, und zwar für das Ganze. In der That erfolgt auch ihre Aufhebung; aber sie erfolgt nicht durch die

---

1) Vgl. auch Demolombe, Cours de Code Nap. XXIV nr. 149 und die hier cit. Entscheidung.

2) Allerdings, wo ein Fehderecht und ein Fehdesühnungsrecht anerkannt ist, gilt das oben S. 34 No. 1 Entwickelte.

actio metus, sondern durch condictio, durch condictio ob turpem causam[1]). Diese condictio ist begründet, weil die turpitudo lediglich auf Seiten des Empfängers, nicht auch auf Seiten des vergewaltigten Gebers liegt, fr. 1 § 2, fr. 2 pr. § 1, fr. 4 § 2 de cond. ob turp. caus.; vgl. auch c. 4 de cond. ob t. c. — auch hier hat das römische Obligationenrecht seine sittliche Tüchtigkeit bewährt, auch hier ist der Geist des großen Celsus mächtig gewesen, wie bei den meisten großen Errungenschaften des römischen Rechts; und in einem Falle gibt das römische Recht nicht nur die condictio, es gibt dem Geschädigten auch eine actio in quadruplum: es ist der bekannte Fall der calumnia, der Fall des Abstehens von einem chicanösen Processe, fr. 1 pr., fr. 3 § 3, fr. 5 § 1 (bez. der Concurrenz), fr. 7 § 1, fr. 8 de calumniat.

Ein turpiter acceptum liegt also vor, wenn Jemand auch ohne Erpressungsabsicht etwas annimmt, um eine verbotene Handlung nicht zu thun, um eine Vergewaltigung, welche er vornehmen will, nicht zur Ausführung zu bringen; und zwar liegt hier lediglich ein turpiter acceptum, nicht auch ein turpiter datum vor, weil den Geber kein Vorwurf trifft, wenn er sich durch irgend welche Mittel aus der Umklammerung der Gewalt befreien will.

Dadurch unterscheidet sich dieser Fall von dem obigen, wo ein ertappter Dieb oder Ehebrecher sich durch Geld löst, um sich der gerechten Repression zu entziehen. Hier liegt zwar auch eine turpitudo vor: und diese besteht darin, daß durch solche Verträge der Lauf der Gerechtigkeit gekreuzt und die Un-

1) Auch verlangt die cond. ob turp. causam nicht, daß der Zwang so energisch ist, um zu einer actio quod metus causa zu genügen; vgl. Kramer S. 258 f.

gerechtigkeit gefördert würde [1]) — aber diese Turpitudo ist beiderseits; die Folge ist, daß zwar auch hier das turpiter promissum unwirksam versprochen ist [2]), daß das turpitur acceptum aber nicht zurückgefordert werden darf [3]).

Indeß gilt, was soeben von der Turpitudo gesagt ist, nicht durchaus und unbedingt. Allerdings: peccata nocentium nota esse et oportere et expedire, fr. 18 pr. de injur.; allein nicht immer hält die Rechtsordnung die Verfolgung eines Delictes für so nothwendig, daß sie unter allen und jeden Umständen, selbst gegen den Willen des Verletzten stattfände; ja es hat Zeiten gegeben, welche die Strafverfolgung, abgesehen von einigen Fällen dringenden öffentlichen Interesses, dem Betrieb der Einzelnen anheim gegeben haben. Wo die Rechtsordnung auf diesem Standpunkte steht, ist ein Abkommen mit dem Verletzten nichts Inhonestes, weder von Seite des Einen, noch von Seite des Anderen, so daß das Gegebene nicht turpiter acceptum und das Versprochene nicht turpiter

---

1) Vgl. auch Donellus, de jure civ. XIV c. 25 nr. 8 (Ed. Florent. 1841) III p. 1284: non est quidem per se turpe maleficium non prodere, ubi pro tua libertate id facias. At hoc turpe est pecuniam ea gratia accipere, ubi fidem tuam interponas, ac veluti te obliges, ne prodas. Turpitudo in eo, quod eo facto data opera utilitas publica oppugnatur.

2) Vgl. c. 5 de cond. ob turp. caus.: quamvis utriusque turpitudo versatur ac soluta quantitate cessat repetitio, tamen ex hujusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones; vgl. ferner fr. 8 eod.

3) Vgl. bezüglich der Praxis OAG. Celle 22./2. 1853 Seuffert, Arch. VIII 119; Appelhof Bordeaux 20./2. 1839 Dalloz v. Obligations nr. 171, wo gesagt ist: que les obligations .... n'ont été consenties par B. que comme le prix de la garantie illusoire et chimérique qui lui était donnée qu'il ne serait pas puni à raison des soustractions frauduleuses qu'on lui reprochait; que la promesse de l'impunité d'un délit est d'une exécution impossible et ne repose que sur une cause illicite ... Vgl. auch Laurent, Principes de droit civil XV nr. 517.

promissum ist. Die ganze Periode des Compositionsrechtes [1]), die ganze Periode der delicta privata gehört hierher. Auch das römische Recht läßt noch den Vergleich bezüglich der Privatdelicte zu [2]): in omnibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet, fr. 7 § 14 de pact.; daher insbesondere wegen des verübten Diebstahles [3]), fr. 7 § 14, fr. 17 § 1, fr. 27 § 4 eod.: post admissa haec pacisci possumus; fr. 55 (54) § 5 de furt.; vgl. auch fr. 4 § 5, fr. 5, fr. 6 § 3 de his qui not. infam. Anders verhält es sich bei publiken Delicten, bezüglich welcher die berühmte und früher viel besprochene c. 18 de transact. [4]) galt. Ganz besonders war es verpönt, von dem ergriffenen Ehebrecher Geld zu nehmen oder sich versprechen zu lassen: Geben und Nehmen galt hier als inhonest, die pactio galt als inhonest — ja es traten Strafen ein, fr. 2 § 2, fr. 12 (11) pr., fr. 15 (14) pr., fr. 30 (29) § 2, fr. 34 (33) § 2 ad leg. Jul. de adult., c. 10 eod., cf. c. 18

---

1) Ueber diese kann ich auf meinen Shakespeare vor dem Forum der Jurisprudenz S. 132 f., auf meine Schrift über die Blutrache, und auf Girard, Nouvelle Revue histor. de droit franç. et étranger 1886 p. 232 f verweisen.

2) Vgl. auch die Zwölftafelbestimmung: Si membrum rupit, ni cum eo pagit, talio esto. Gellius XX 1 § 14. Vgl. auch Lex Jul. mun. 110.

3) Vgl. auch Rudorff, Z. f. gesch. Rechtswissensch. XIV S. 294 f. In fr. 4 § 1 de cond. ob turp. caus. ist nicht davon die Rede, daß etwas gegeben wird, ne furti ageretur, sondern ne fur proderetur: ein Dritter hatte den Dieb ergriffen und sich Geld geben lassen, um ihn nicht zu verrathen. Dies war, auch auf dem Standpunkte des Privatdelicts, ein Unrecht — nämlich gegen den Bestohlenen. Vgl. auch fr. 7 § 1 quod met. causa: ne prodatur ab eo qui deprehenderit.

4) Vgl. ferner fr. 1 de bon. eorum, fr. 7 de praevaric., c. 9 de contr. et comm. stip., c. 7 ad leg. Corn. de fals., und vgl. zu c. 18 cit. Cujac. Observ. VI c. 11 und XIX c. 39, Donellus, comment. in cod. ad l. Transigere, 18 de transact (Ed. Florent. 1846) VII p. 315 f., Glück, Pandekt. V S. 61 f.

de transact. — daher auch fr. 4 pr. de cond. ob t. c., fr. 8 pr. q. m. c. — hier waltete eben die Julische Ehebruchsgesetzgebung, welche die Menschheit mit Gewalt des Gesetzes sittlich machen wollte. Vgl. Esmein, Mélang. d'hist. du droit p. 104 f.

Heutzutage verhält sich hier vieles anders; das zur Nichtanzeige der Delicte Gegebene und Versprochene ist heutzutage inhonest: es ist inhonest, ausgenommen, wenn es sich um Antragsdelicte handelt; denn bei Antragsdelicten erklärt die Gesetzgebung, daß sie von sich aus ein Bedürfniß der Reaction nicht absehe, solche vielmehr dem Willen des Verletzten frei überlasse. Daher ist das hier Gegebene und Versprochene honest und gültig gegeben und versprochen — der Empfänger behält nicht nur das Empfangene, sondern der Versprechende hat auch das Versprochene zu erfüllen. Man könnte zwar hier immerhin entgegenhalten, daß die Eventualität des Antrags oder Nichtantrags durch andere Motive als durch das Motiv des Gelderwerbs bedingt sein müsse; allein man würde übersehen, daß unter den hierbei influirenden Motiven das Motiv der persönlichen Kränkung und Schädigung die erste Rolle spielt und daß es nicht als inhonest gilt, sich diese Kränkung und Schädigung durch Geld vergüten zu lassen[1]). Dies dürfte insbesondere auch von einem der Hauptfälle, von dem Falle des Ehebruchs gelten[2]) — im Widerspruch mit dem Julischen Rechte; es ist eben ein Zeichen von Gesundheit des Volkslebens, wenn es solche Abmachungen ertragen kann — und es kann solche ertragen; wir brauchen keine lex Julia

1) Noch mehr gilt dies natürlich, sofern es sich um einen Vergleich über sachliche Schäden handelt. Man vgl. auch AG. Celle 7./12. 1876 Seuffert Arch. XXXIII 213.

2) Vgl. § 172 RStGB. Ueber die deutsche Jurisprudenz vgl. Obertrib. Berlin 7./5. 1861 Seuffert Arch. XVI 28, vgl. aber auch OAG. Darmstadt 24./2. 1864 ib. XVII. 228 und das S. 38 No. 3 cit. Urth.

mehr. Inhonest wäre allerdings jede Stipulation, welche sich nicht nur auf die Vergangenheit, sondern auch auf die Zukunft bezöge; inhonest wäre jeder Vertrag, welcher in einen Kuppelvertrag ausliefe; doch dies bedarf keiner weitern Ausführung.

Alles dieses gilt, sofern keine Erpressung vorliegt d. h. sofern der Geschädigte nicht die Nothlage des Delinquenten benutzt, um durch Drohungen einen Gelderwerb zu erzielen, und zwar einen größeren Gelderwerb, als ihm von Rechts wegen zukommt. Wäre dies der Fall, dann wäre die actio quod metus causa gegeben [1]) — es wäre auch die condictio ob turpem causam gegeben, denn das Erpreßte ist stets ein turpiter acceptum [2]) — es ist ein turpiter acceptum, kein turpiter datum, weil die Ursache des Gebens in dem ungerechten Zwange liegt, der Geber daher entschuldigt ist [3]). Es concurrirt daher die condictio ob turpem causam mit der actio metus [4]); sie concurrirt mit der actio metus, wie diese mit der actio doli concurrirt, welche in dieser Beziehung ihre Subsidiarität aufgibt [5]), und es gilt der Satz: consumi alteram actionem per alteram, fr. 14 § 13 quod met. causa [6]) — mindestens sofern die eine actio zum Ziele geführt hat. Und es konnte diese condictio von besonderer Bedeutung sein nach Ablauf des annus utilis, also nachdem

---

1) Daher fr. 7 § 1, fr. 8 pr. quod met. causa.

2) Vgl. zum Folgenden auch noch Kramer S. 257 f.; auch S. 444 f. 500 f.

3) Vgl. auch fr. 7 de cond. ob turp. caus.

4) Vgl. auch Reichsgericht 19./11. 1883 Entsch. X S. 188 f. 192 f., auch Reichsoberhandelsgericht 7./12. 1872 Entsch. VIII S. 171. 174.

5) Vgl. auch Kramer S. 251 f., Schneider, die allgemein subsidiären Klagen S. 333 f.

6) Vgl. auch noch Paulli Sent. I 8 § 2: Qui dolum aut metum adhibuit, ut res ad alium transiret, uterque de vi et dolo actione tenebitur.

die blanke actio metus erloschen war und dieselbe nur noch in simplum gegeben wurde und nur causa cognita: si alia actio non sit, fr. 14 § 2 quod met. causa, c. 4 de his quae vi [1]). Allerdings stand sie der actio metus bedeutend nach — war sie doch in keiner Weise in rem scribirt, darin lag ihre Schwäche.

Damit dürften die Metusgeschäfte von den reinen Nothlagegeschäften geschieden sein. Diese Ausscheidung ist nöthig; denn es ist ein ebenso dringendes Postulat der Rechtsordnung, daß die ersteren unwirksam gemacht werden, als daß die letzteren voll wirksam bleiben.

IV. Negotiorum Gestio.

§ 1.

Ein weiteres Mittel, durch welches die Rechtsordnung die Menschenhülfe unterstützt, ist die Zusicherung, daß dem hülfreichen Mitmenschen Erstattung seiner bei Gelegenheit der Menschenhülfe gemachten Auslagen zu Theil wird; und zwar

---

1) Vgl. Schneider a. a. O. S. 378 f. 386 f. Vgl. auch lex Romana Burgund. t. XXXVIII de pact. et transact.: si quis se vi et metu coactum ad pacta venisse causetur, intra annum probaturus hujusmodi et moveat et peragat actionem: quo tempore praeterito, nullam sibi neque de vi neque de metu suppetere noverit actionem . . . Vgl. auch den Schluß des Titels. Daraus stammt auch wohl das französische Recht zur Zeit Beaumanoir's. Beaumanoir, Cout. de Beauvoisis XXXIV 29 (Beugnot II p. 16 f.) verlangt Klagerhebung „dedens l'an et jor", statuirt aber im übrigen den Satz, daß die Einrede nicht verjährt: s'il ne commencha à paier aucunne coze au quief de deus ans ou de trois, il ne le debatra pas, s'il ne li plest, devant c'on li demandera paiement; car adont il porra dire par maniere de deffense: „Je ne suis pas tenus à vous paier, porce que je fis le convenence par force de prison".

der vollen Auslagen, nicht nur der Auslagen, soweit im Gefolge derselben eine Bereicherung vorhanden ist. Jeder sieht, daß wir auf dem Terrain der negotiorum gestio stehen. Die actio neg. gest. contraria beruht nicht etwa auf dem individuellen Grunde, daß sich der Eine den Intentionen des Anderen genähert, daß der Eine in den Willen des Anderen hineingearbeitet, daß er den Willen des Anderen gefangen hat — sondern sie beruht darauf, daß die negotiorum gestio eine Menschenhülfe ist, und eine sehr begehrenswerthe, eine sehr unterstützungs- und förderungswerthe Menschenhülfe.

Die Negot. Gestio beruht daher weder auf wirklichem noch auf fingirtem Vertrag, sie beruht nicht auf Willensgemeinschaft, nicht auf dem Zusammenstimmen zweier Willensrichtungen u. dgl.: derartige individualistische Constructionen geben keinen Einblick in das Wesen eines Rechtsinstitutes, welches zu den wesentlichsten Elementen des socialen Altruismus gehört[1]).

Ich will damit nicht sagen, daß nicht auch die Römer sich mit ähnlichen Theorematen befaßt haben; man vergleiche nur Sätze, wie fr. 15 de neg. gest. (unus contractus, alius contractus), fr. 1 de relig. (cum defuncto contrahere creditur). Ich glaube aber, daß wir nunmehr weit genug in der Erkenntniß des Wesens römischer Jurisprudenz vorgeschritten sind, auf daß wir uns auf solches Theorematisiren nicht mehr einzulassen brauchen, und was ich seiner Zeit (Autorrecht S. 8 f., diese Jahrb. XVIII S. 136 f.) in dieser Beziehung ausführte, bedarf keiner Wiederholung. Manche glauben bereits,

1) Die Negotiorum Gestio spielt darum auch nicht bloß im Bereiche des Privatrechts, sondern auch im öffentlichen Rechte eine große Rolle. Vgl. § 30. 36 des Unterstützungswohnsitzgesetzes. Ueber negotiorum gestio und indebiti condictio im öffentlichen Recht werde ich an anderer Stelle handeln.

daß jene eifrigen Worte überflüssig waren — denn man hat ja noch niemals mit den Motivirungen und Constructionen der römischen Juristen operirt, man hat sich ja noch niemals an die Constructionsweise der römischen Juristen für gebunden erachtet, man hat noch niemals anderen Constructionen Quellenwidrigkeit vorgeworfen — am allerwenigsten in der Vertragslehre. Schlimm ist es allerdings, daß die Römer nicht bei der unrichtigen Construction verblieben, sondern — ausnahmsweise — zu einer unrichtigen, völlig doctrinären Consequenz gelangt sind; oft ist dies den römischen Juristen nicht begegnet, aber einigemale doch [1]).

Die Consequenz ist die, daß der Pupill, dessen Geschäfte geführt werden, nur bis zur Bereicherung haftet — ein Satz so unrichtig, so zweckwidrig und gegen das eigene Interesse des Pupillen verstoßend, daß man ihn dringend aus dem römischen Rechte hinwegwünschte. Und auch hier scheint widerum Julian die Schuld zu tragen, denn auf seine Autorität (lib. 3 Digest. aus Hadrians Zeit) stützt sich Ulpian in fr. 5 § 2 de neg. gest.; Pomponius (lib. 26 ad Edict.) ist gleicher Meinung (fr. 14 de neg. gest.) [2]); ein Rescript des Antoninus Pius schloß die Entwicklung ab, vgl. fr. 33 de neg. gest., fr. 3 pr. commod., fr. 5 pr. de auct. et cons.; vgl. ferner Paullus in fr. 20 § 1, fr. 36 pr. de neg. gest., und c. 2 de neg. gest. [3]). Beim furiosus

1) Vgl. auch den Fall, welchen ich, Pfandrechtl. Forschungen S. 277 f., nachgewiesen habe. Hier war es, wie öfters, Julian, welcher die Jurisprudenz auf die falsche Fährte führte (fr. 32 § 1 de serv. praed. urb.).

2) Ueber das Verhältniß dieser Schriften des Julian und des Pomponius vgl. Fitting, Alter der Schriften S. 10.

3) In fr. 20 § 1 de neg. gest. kommt Paullus auf eine eigenthümliche Complication: wenn ein Gestor negotia einer hereditas jacens geführt hat und ein Pupill Erbe wird, so entsteht die Gefahr, daß nunmehr der Ersatzan-

wird diese Beschränkung nicht erwähnt, fr. 3 § 5 de neg. gest., und eine solche sachwidrige Bestimmung hineinzutragen [1]), dafür liegt gar kein zureichender Grund vor.

Mit Recht hat sich bereits Pothier, mandat nr. 224 gegen diesen römischen Rechtssatz ausgesprochen: Je ne crois pas que cette décision des lois romaines doive être suivie dans notre droit. Il est bien vrai, à l'egard des contrats., qu'un impubère ne peut s'obliger en contractant, sans l'autorité de son tuteur, si ce n'est jusqu'à concurrence de ce qu'il se trouve profiter du contrat . . . . Il n'en est pas de même des quasi-contrats. Les obligations, que les quasi-contrats produisent, étant formées sans le consentement des personnes qui les contractent, il est indifférent que les personnes qui les contractent soient capables ou non de donner un consentement valable, puisque c'est sans leur consentement qu'elles contractent ces obligations. Mit anderen Worten: die Handlungsfähigkeit kann nur in Betracht kommen, wenn eine Verpflichtung durch juristische Handlung der Person in Frage steht. Mit Recht hat daher auch die französische Jurisprudenz die doctrinäre Beschränkung des römischen Rechts über Bord geworfen; vgl. beispielsweise Acollas, Manuel de droit civil II p. 974, Aubry et Rau, Cours de droit civil français IV p. 723 [2]).

---

spruch auf die Bereicherung beschränkt werde. Dies wird aber von Paulus verneint, weil der Pupill die Gestionsschuld cum ceteris hereditariis oneribus übernehme weil m. a. W. die Geschäfte nicht für den Pupillen, sondern für die hereditas geführt wurden. Vgl. auch noch fr. 38 de hered. pet.

1) Wie beispielsweise Donellus, de jure civili XV 16 nr. 13 (Ed. Florent. 1842) IV. p. 154: pupillus autem multoque magis furiosus hac conditione, si . . . . sint locupletiores.

2) Hier auch weitere Literatur.

Dieser Fehler des römischen Rechts ist um so eclatanter, als dasselbe Recht bezüglich der Tutel den gleichen Verstoß vermieden hat [1]). Treffend heißt es in fr. 3 § 7 de contr. tutelae: sufficit tutori bene et diligenter negotia gessisse, etsi eventum adversum habuit, quod gestum est; und dies gilt für den tutor, wie für den protutor und für den curator, fr. 1 § 1 und 2 eod.; ja in fr. 38 de hered. pet. wird der Fall der Tutoren und Curatoren sogar als Musterfall dafür angeführt, daß eine Anrechnung der Aufwendungen stattfindet, licet res non exstet in quam fecit. Treffend weiß auch Ulpian die Zwecke dieser Bestimmung zu betonen: ut facilius tutores ad administrationem accederent; provocandi fuerant tutores, ut promptius de suo aliquid pro pupillis impendant, dum sciunt se recepturos id quod impenderint, fr. 1 pr. eod. Man sieht, es sind dieselben Gründe, welche die Römer auch bei dem Ausbau des Institutes der negot. gestio geleitet haben: das Mindeste, was die Rechtsordnung zur Förderung der Menschenhülfe thun kann, ist es, daß sie den helfenden Mitmenschen schadlos stellt für das, was er aufgewendet hat; daß sie ihn schadlos stellt nicht nur soweit die Hülfe Erfolg gehabt hat und sich in einer Bereicherung des dominus negotii weiterspielt, sondern auch wenn das Ziel der Hülfeleistung in Folge der Constellation der Umstände vereitelt worden ist; auch das zufällig verunglückte Geschäft wird dem Hülfeleistenden voll gerechnet; die Auslagen werden ersetzt, auch wenn der eventus non est secutus [2]). Dies gefunden zu haben, ist ein unvergängliches

1) Schon Pothier a. a. O. betont diese Incongruenz. Vgl. zum folgenden auch Rudorff, Vormundschaft III S. 129, Wlassak zur Geschichte der Neg. Gestio S. 124. Vgl. auch fr. 29 pr. comm. div., fr. 33 pro soc.

2) Nur wenn der Gestor selbst rechtswidrig den Erfolg zerstört hätte, wäre es anders, aber dieses hängt mit seiner Culpahaftung zusammen.

Verdienst der römischen Jurisprudenz — daran hat Labeo gearbeitet, daran Celsus, wie sein jüngerer Zeitgenosse Julian; vgl. fr. 9 § 1 de neg. gest., auch fr. 17 pr. de in rem vers., ferner fr. 11 § 2 de neg. gest., fr. 3 § 7 und 8 de in rem verso. Der Hülfeleistende soll seinen vollen Einsatz gesichert haben; würde ihm diese Garantie fehlen, wer sollte sich noch die undankbare Mühe geben, sich fremder Interessen anzunehmen[1]? Die That des Altruismus soll nicht zum Nachtheil des altruistischen Thäters ausschlagen[2]).

Mit Recht betonen daher die Quellen die magna utilitas absentium, welche hierbei auf dem Spiele steht[3]); ein einziges unglückliches Präjudiz zöge tausend Fälle nach sich, und die Zurückweisung der einen hülfreichen Hand würde hunderte davon abschrecken, in gleicher Weise willfährig zu sein.

Die ächte negot. gestio — und nur von dieser ist fürder die Rede — setzt daher voraus, zwar nicht daß ein Nothstand,

---

Vgl. auch Reichsoberhandelsgericht 26./6. 1872 Entsch. VI S. 361 f. 363 f.

1) Vgl. Donellus, de jure civili XV c. 16 nr. 1 (Ed. Florent. 1842) IV p. 147: (actionem) dari utile est cum ipsi, in quem datur, tum publice caeteris omnibus in eadem causa. Vgl. ferner Sturm, das negotium utiliter gestum S. 9. f., Laurent, Principes de droit civil français XX nr. 324 p. 354: si elle (la loi) donne action au gérant, c'est afin qu'il se trouve un ami qui veuille gérer l'affaire d'un absent; Vivante, contratto di assicuraz. I nr. 90.

2) Damit sind wir ferne davon, dem Utilitarismus zu dienen; wenn wir den Altruismus der Gestion befördern, so thun wir es, weil wir in ihm eine hohe, vernünftig menschliche Lebensäußerung erblicken.

3) Vgl. fr. 1 de neg. gest., fr. 5 pr. de obl. et act., wo Gajus richtig bemerkt, daß die negotia absentium „sane disperirent, si is, qui obtulisset se negotiis gerundis, nullam habiturus esset actionem de eo quod utiliter de suo impendisset"; ähnlich § 1 J. de obl. quasi ex contr.: negotia absentium „sane nemo curaturus esset, si de eo quod quis impendisset, nullam habiturus esset actionem. Vgl. hierzu namentlich Sturm S. 9 f.

wohl aber daß eine Hülfsbedürftigkeit [1]) vorliegt, bei welcher der Eigenberechtigte nicht in der Lage ist, für seine eigenen Interessen zu sorgen; sie setzt ferner voraus, daß es sich um ein Gut handelt, welches derselbe nicht der Hülflosigkeit preisgeben wollte oder nicht preisgeben konnte. Wo diese Voraussetzungen nicht gegeben sind, da ist das Einschreiten eines Dritten nicht nur ein ungerufenes, sondern auch ein unberufenes [2]), und es unterliegt dem Satze: culpa est immiscere se rei ad se non pertinenti [3]). Sollte etwa ein landfremder Mensch mich eines Tages mit einem neuen Winterüberzieher und der Rechnung dafür überraschen, so werde ich wohl in der Lage sein, ihn ohne weiteres zu verabschieden, ohne mit Celsus, Julian oder Ulpian in Conflict zu gerathen. Ganz anders, wenn ein Kind sich verirrt und eine mitleidige Seele es aufgenommen, ihm Kleidung und Nahrung geboten hat [4]). Dasselbe gilt auch von einer Gestion im Interesse der Gemeinde, im Interesse des Staates: auch hier ist für eine negot. gestio nur dann Raum, wenn die legitimen Organe der Gemeinsamkeit nicht einschreiten können — oder wenn sie etwa ihre Schuldigkeit

1) Bezüglich des Preuß. Rechts, welches in dieser Beziehung besonders eng ist, vgl. Preuß. Landr. I 13 § 234 f. und dazu Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 286. Es gibt dem Gestor die vollen Rechte nur, wenn er die Geschäfte eines Andern „zur Abwendung eines nach vernünftigen und wahrscheinlichen Gründen bevorstehenden Schadens besorgt" (I 13 § 234).

2) Vgl. in dieser Beziehung Ruhstrat in diesen Jahrb. IX S. 236 f. und in anderen Arbeiten.

3 S. fr. 36 de reg. jur.

4) Das englische Recht nimmt negot. gestio namentlich in dem Falle an, wo ein Schiff in der Noth gerettet oder aus der Gefangenschaft zurückerlangt wird, und wo Jemand für einen Betrunkenen oder Wahnsinnigen thätig ist, welcher nicht für sich sorgen kann. So Baxter v. Portsmouth, Gore v. Gibson; vgl. Holland, Elements of Jurisprud. (2 Ed.) p. 188 f.

nicht thäten. Man denke an den Fall, daß dringende Aufwendungen zur Vermeidung der Cholera oder der Ueberschwemmung gemacht würden [1]).

Allerdings kann die Veranlassung mehr oder minder stringenter Natur sein, und die Römer erkennen dies unumwunden an: sie kann eine necessitas urgens sein, sofern ohne sofortigen Eingriff ein schwerer, vielleicht unersetzlicher Verlust drohen würde — man denke an den Fall, daß Jemand bewußtlos auf den Alpen gefunden wird und ein Montagnarde sich seiner annimmt; oder daß eine Sache bereits im Rhein schwimmt und mit Mühe und Noth von einem vorbeisegelnden Kahne aus gerettet wird; — oder es kann die Veranlassung weiter ausholen, sofern zwar ein Bedürfniß vorliegt, welchem der Eigenthümer selbst nicht entsprechen kann, aber ein Bedürfniß, welches nicht von heute auf morgen nothwendig befriedigt werden muß; in welchem Falle zwar ein Eingreifen gerechtfertigt ist, das Eingreifen aber nicht nothwendig ein präsentes Eingreifen und ein Eingreifen gerade dieser Person sein muß, so daß andere Personen sich vielleicht besser der Sache annehmen könnten. Daß in beiden Fällen die Menschenhülfe eine verschiedene Gestalt annimmt, ist von selbst klar, und es ist nur zu sehr gerechtfertigt, daß der Helfer in der äußersten Noth nicht für etwaige Unvorsichtigkeiten und Unbedachtsamkeiten einstehen muß [2]) — was wäre ohne ihn aus der ganzen Sache geworden? Kein geringerer als Labeo ist es, welcher dies erkannt hat: interdum in negotiorum

1) Vgl. auch Laurent, Princip. de droit civil XX nr. 339 und die dort cit. Entsch.

2) Man bedenke auch, daß der creditor in bona debitoris immissus nur für dolus der Geschäftsführung einsteht, fr. 9 pr. § 2 de reb. auct. jud., weil er sich nicht selbst in diese Lage versetzt hat, sondern durch die Umstände hineingeführt worden ist.

gestorum actione dolum solummodo versari, fr. 3 § 9 de neg. gest.[1]). In anderen Fällen kann man von demjenigen, welcher sich helfend in fremde Angelegenheiten mischt, Vorbedacht und Sorgfalt verlangen, insbesondere wenn er dadurch Andere von der Gestion zurückhält, § 1 J. de oblig. quasi ex contr.; und wenn sich Jemand vorwitzig ingerirt, so ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen, denn die Aufdringlichkeit darf von dem Rechte nicht begünstigt werden.

Die Menschenhülfe darf Niemanden gegen seinen Willen aufgedrängt werden, es müßte denn sein, daß es sich um Lebensgüter handelt, über welche der Dominus keine Verfügung hat, so daß das Verbot der Menschenhülfe etwas Unsittliches enthielte[2]); so insbesondere wenn es sich um die Schicksale von Familienmitgliedern, um die Ehrenpflichten der Familie, überhaupt um die unantastbaren Interessen Dritter handelt,

---

1) Vgl. auch § 1 J. de oblig. quasi ex contr. *verb.*: si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia. Der Fall, welchen Labeo vorzüglich im Auge hatte, ist der Fall der venditio bonorum; diese aber hatte bekanntlich Infamie zur Folge, die Einmischung eines „Ehrenzahlers", der affectione coactus gerade mit Rücksicht auf die Ehrenfolgen im richtigen Momente die Konkursentwicklung verhütete (die Fristen waren nicht sehr lang), war daher sowohl durch den furchtbaren Ernst der Folgen, als auch durch die dringende Hast des Momentes geboten. Vgl. zu dieser Stelle fr. 37 de usur. und auch Leist, Civ. Studien II S. 126 f.

2) Bei der actio funeraria erkannte schon Labeo an, daß die Prohibition des Erben wirkungslos sei ex causa, d. h. nach Umständen, sofern nämlich die Unterlassung oder Verschiebung der Beerdigung als Unbill gegen den Todten erscheint, insbesondere wenn der Erblasser die Beerdigung durch eine bestimmte Person angeordnet hat und diese die Beerdigung vollziehen will, fr. 14 § 13 f. de relig. Wenn hier Ulpian erklärt, judicem justum non meram negot. gestorum actionem imitari, sed solutius aequitatem sequi, cum hoc ei et actionis natura indulget — so ist der Gegensatz nicht auf die negot. gestio schlechtweg, sondern auf die mera neg. gestio, auf die gewöhnliche Neg. Gestio zu beziehen, bei welcher nur vermögensrechtliche Rücksichten obwalten.

welche dem Prohibenten übertragen sind [1]). So wenn ein herzloser Vater seine Kinder auf die Straße setzen würde [2]); so aber auch wenn der Eigenthümer des Schiffes die Reparatur verböte und dadurch die Insassen gefährdete, oder ein Bürgermeister die Reparatur einer Brücke, auf welcher die Passanten den Fuß brechen würden [3]); oder wenn ein pflichtvergessener Beamter eine Hülfeleistung verböte, ohne welche Leben und Gesundheit der Bevölkerung dem Verderben preisgegeben wären.

Daher ist es sicher, daß von einer negotiorum gestorum actio in keiner Weise die Rede sein kann, wenn der

1) Treffend heißt es in Aubry et Rau, Cours de droit civ. franç. IV p. 726 (§ 441): Il en serait cependant autrement, s'il était établi qu'il avait, pour s'y immiscer, un intérêt légitime, même d'affection seulement, ou d'honneur de famille — —

2) Wenn es in einer römischen Entscheidung heißt: si servum alienum non inutilem domino constitutum aegrum curastis et negotium utiliter gessistis, competenti vobis actione sumptus recuperare potestis (c. 10 de neg. gest. — Alexand. Sever. a. 222), so wirft dieses ein helles Streiflicht auf die traurigen socialen Sclavenverhältnisse des heidnischen Roms.

3) Richtig die Ausführung in Seuffert Arch. III 51; ferner OAG. Jena 1./4. 1847, OAG. Celle 15./3. 1856, OLG. Stuttgart 1./6. 1880 Seuffert Arch. XIV 94 XI 37 XXXVI 33. Man hat sich hierfür auch auf fr. un. § 3 de via publ. et si quid berufen. Doch es wäre auch ohne Quellen sicher, daß eine Prohibition nicht respectirt wird, wo das Verbot wegen Unsittlichkeit rechtlich irrelevant sein muß. Vgl. Holzschuher III S. 685. Das Züricher Civilgesetzbuch § 1213 bestimmt: „Hat der Geschäftsbesorger aber eine dem Geschäftsherrn obliegende auf öffentlichem Interesse beruhende oder auf Pietätsrücksichten gegründete Verpflichtung in angemessener Weise für denselben erfüllt, so ist er selbst dann zur Ersatzforderung berechtigt, wenn der Geschäftsherr ihm zu handeln verboten hat". Das Sächsische Gesetzbuch § 1355 spricht von dem Falle, wo der Gestor eine „gegen den Staat oder gegen eine Gemeinde nach den Vorschriften des öffentlichen Rechts obliegende Verpflichtung erfüllt"; ferner von dem Unterhalt von Personen, zu deren Erhaltung der Geschäftsherr verpflichtet war, und von der Leichenbestattung.

Dominus, nachdem ein Anderer gegen sein Verbot [1]) sich einer Sache mit Kosten angenommen hat, dieselbe heimschlägt; desgleichen, wenn die Hülfeleistung verunglückt ist. Wie aber, wenn die verbotene Hülfeleistung wirklich erfolgreich war und der Dominus nun keine Miene macht, das Gut im Stiche zu lassen [2])? Sollte er hier nicht mindestens bis zur Höhe der Bereicherung haften [3])? Dieses haben römische Juristen gemeint; dem scharfen Julian war ein solches Mehr oder Minder zuwider, und er schnitt herzlos die negot. gest. actio ab, fr. 7 § 3 de neg. gest. [4]), und Justinian ist ihm gefolgt, c. ult. neg. gest. — nicht im Interesse der Sache [5]). Doch muß dem Gestor jedenfalls das jus tollendi gewährt werden, soweit sich dieses ohne Schaden verwirklichen läßt [6]).

§ 2.

Die Menschenhülfe führt zum Ersatz nur dann, wenn sie

---

1) Dieses Verbot kann auch stillschweigend erfolgen, Reichsgericht 23./10. 1883 Seuffert Arch. XXXIX 103.

2) Man könnte hierin eine Ratification erblicken, aber zu Unrecht; der Dominus darf nicht in die Zwangslage versetzt werden, entweder zu ratihabiren oder ein Rechtsgut, das vielleicht ohne die Gestio in vermindertem Zustande fortdauern würde, ganz aufzugeben.

3) Vgl. Preuß. LR. I 13 § 240: „Soweit der, dessen Geschäft besorgt worden, die Genehmigung versagt, muß er sich auch des aus der Besorgung entstandenen Vortheils begeben". Vgl. auch ib. § 241. 251.

4) Vgl. auch fr. 40 mand.: quidam utilem putant dari oportere; quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur (Paullus).

5) Vgl. hiergegen Pothier, Mandat nr. 182, Marcadé, Explic. du C. Nap. V p. 253 f. (ad a. 1375 IV). Die römische Entscheidung wird für das französische Recht vertheidigt von Laurent, Principes de droit civil XX 336 f. und von Aubry et Rau, Cours de droit civ. franç. IV p. 726 No. 19.

6) Dies war wohl auch Julian's Meinung (lib. 8 Dig.), vgl. fr. 37 de rei vind. Vgl. auch c. 5 § 1 de rei vind., fr. 38 de hered. pet.

eine wirkliche Menschenhülfe ist; vermeintliche Hülfe — wenn es sich um ein Geschäft handelt, das gar nicht mein Geschäft ist, — führt keinen Ersatz nach sich; ein folgenschwerer Satz: die putative gestio wird vom Rechte nicht berücksichtigt. An sich ist das Princip nicht so ganz unzweifelhaft. Wird es nicht Viele von der Hülfe abhalten? wird nicht mancher Dienst nicht geleistet werden, wenn der Gestor zu befürchten hat, daß der Dienst sich nur als ein vermeintlicher Dienst erweist und seine Auslagen verloren sind? Aber man bedenke anderseits die Consequenzen, welche mir drohen, wenn dritte Personen sich als die Träger meiner Interessen aufspielen und von Andern zu diesen Zwecken Beiträge annehmen; wenn falsche oder verfälschte Wechsel auf meinen Namen circuliren und von einem Dritten zu meinen Ehren gezahlt werden [1]). Die kaufmännische Ansicht hat gerade bezüglich der Ehrenzahlung eine begreifliche Neigung gezeigt, dem Antriebe eines einseitigen Billigkeitsgefühles nachzugeben [2]); mit Recht hat aber das ROHGericht hier die neg. gest. actio verworfen [3]). Wenn

1) Daß, wo die Voraussetzungen der wechselrechtlichen Ehrenzahlung nicht vorliegen, immerhin für den Zahlenden eine neg. gest. actio begründet sein kann, darüber vgl. auch OAG. Rostock 14./7. 1873 Seuffert Arch. XXVIII 155.

2) Vgl. auch Thöl, Wechselrecht § 135 S. 537: „Die Ehrenintervention ist zwar eine negotiorum gestio, aber mit der Eigenthümlichkeit, daß die Nützlichkeit nur nach den aus dem Wechsel und Protest ersichtlichen Verhältnissen bemessen wird und außerdem nur noch nach den dem Ehreninterventienten bekannten Verhältnissen. Sonst würde jede Ehrenintervention gewagt sein".

3) ROHG. 18./10. 1878 Entsch. XXIV S. 126 f. 127 f.: „Es ist unzulässig, mit Thöl ..... den Ehrenzahler um deswillen günstiger als einen andern negotiorum gestor zu behandeln, weil sonst die Ehrenzahlung gefährlich wäre; denn dies Moment trifft bei jeder unbeauftragten Geschäftsführung zu und eine gesetzliche Bevorzugung des Ehrenzahlers qua negotiorum gestor ist nirgends ersichtlich. Daher kann dem genannten Autor auch darin nicht beigepflichtet werden, daß die Nützlichkeit (utiliter

ich eine meinem putativen procurator gemachte Zahlung nicht anzuerkennen brauche, so noch viel weniger eine gestio, welche in der Leistung an eine Person besteht, von welcher man glaubte, daß ihr Empfang meine Interessen befriedige. Nur in besonderen Fällen, wenn mir eine verkehrswidrige Nachlässigkeit zur Last fiele, würde es sich anders verhalten. Etwas Anderes würde auch dann gelten, wenn ich die negot. gestio ratihabirte, denn ratihabitio facit meum negotium [1]), fr. 5 § 11 und 12 de neg. gest. [2]), vgl. auch noch fr. 5 § 2 de in rem verso — oder wenn ich dadurch bereichert worden wäre — denn bezüglich der Bereicherung muß von der Voraussetzung des wirksamen gestum und des utiliter gestum Abstand genommen werden, aber auch nur bezüglich der Bereicherung: ut enim eventum non spectamus, debet utiliter esse coeptum — damit ist der putativen Geschäftsführung das Urtheil gesprochen, fr. 9 § 1 de neg. gest. [3]). Die Bereicherung aber erhält auch der putative Gestor ersetzt; denn diese erhält selbst derjenige ersetzt, welcher depraedandi causa

---

gestum) der Geschäftsführung des Ehrenzahlers nur aus dem Wechsel und nach den, dem Ehrenzahler bekannten, sonstigen Umständen beurtheilt werden dürfe, auch ihm diese Kenntniß nachgewiesen werden müsse."

1) Ebenso wie die Ratihabition die an einen Dritten gemachte Zahlung zur eigenen macht, fr. 14 de cond. c. d. c. n. s., fr. 12 § 4, fr. 58 pr. de solut., fr. 81 § 5 de furt.; vgl. auch noch fr. 22 § 2 rat. rem hab., und vgl. unten S. 60.

2) Die Stellen sind stets nach der Mommsenschen Ausgabe citirt. Von einem ähnlichen Falle handelt fr. 30 § 1 h. t., denn es ist hier der Fall unterstellt, daß Sempronius, für welchen das Geschäft geführt ist, die Resultate verlangt und damit das Geschäft als das seinige anerkennt, ratihabitio facit suum negotium.

3) Daher liegt natürlich auch dann keine neg. gestio vor, wenn Jemand sein eigenes Geschäft geführt hat, in der Meinung, daß es ein fremdes sei: si ita simpliciter versatus est, fr. 5 § 6 de neg. gest. Vgl. auch noch fr. 22 eod.

accedit, fr. 5 § 5 de neg. gest.; vgl. auch fr. 10 eod., fr. 5 pr. de in rem verso — denn die Bereicherungsersatzpflicht setzt kein Rechtsgeschäft und daher auch kein gültiges Rechtsgeschäft voraus.

Bloß vermeintliche Menschenhülfe liegt insbesondere auch dann vor, wenn Jemand Aufwendungen auf eine Sache macht, welche der Dominus ihrem Untergange weihte [1]): in diesem Falle leistet der Gestor eine Hülfe zwar für eine Sache, welche dem Dominus gehört, aber er leistet eine Hülfe, wo der Dominus keiner Hülfe bedarf, er will mitwirken an dem Schutze von Interessen, welche gar nicht mehr Interessen des Dominus sind [2]): denn der Dominus ist Herr seiner Interessen [3]), er ist berechtigt zu bestimmen, daß gewisse Interessen nicht mehr seine Interessen sind. Daher ist die wahre actio negot. gest. contraria ausgeschlossen; der Gestor ist beschränkt auf einen Bereicherungsanspruch, sofern der Dominus nicht vorzieht, dem Gestor die Sache heimzuschlagen, — eine Heimschlagung, welche den Dominus ebenso entlastet, wie sie der Intention des Gestors, welcher einen Theil seines Vermögens in die Sache gelegt hat, entsprechend sein wird.

Fälle wie die angegebenen waren es, welche sich hauptsächlich den römischen Juristen aufdrängten, und von Labeo bis auf Celsus und Julian finden wir die römische Jurisprudenz in Thätigkeit, diese Schwierigkeit zu bewältigen. Proculus wußte sich in der Sache nicht zu helfen, und in seinen Noten zu Labeo tadelte er, daß dessen Gestionslehre, welche auf einen vollen Aufwandsersatz zusteuert, zu einer

---

1) Bezüglich des Falles, wo der Dominus die Hülfeleistung verbot, vgl. oben S. 50 f.

2) Vgl. auch Ruhstrat, Arch. f. civ. Prax. XXXII S. 193 f.

3) Vgl. auch fr. 4 ad S. C. Trebell.: cum variae sint hominum voluntates.

ungerechten Belastung des Dominus führe, während „unicuique liceat et damni infecti nomine rem derelinquere.“ Diese Plumpheit des Proculus bot dem Celsus Gelegenheit zu einer jener Entgegnungen, in welchen sich hellenische Geistesklarheit mit römischem Sarkasmus vereinigt: istam sententiam Celsus eleganter deridet; denn der Fall, von welchem Proculus spricht, ist kein Fall einer utilis gestio, ja kein Fall einer wahren Gestion überhaupt: es ist eine bloße putative Geschäftsführung, welche der Dominus nicht anzuerkennen braucht. Auf diese feine Bemerkung des Celsus gründete Julian seine Theorie, welche sodann die spätere Jurisprudenz beherrschte [1]).

Daß übrigens in einem solchen Fall die Bereicherung zu ersetzen ist, ergibt sich aus dem obigen; und daß der Dominus sich durch Heimschlagung der Sache befreien kann, entspricht der Analogie der Behandlung bezüglich der damni infecti cautio, auf welche, wie sich oben ergibt, die römischen Juristen selbst Bezug nehmen; es wird aber auch direkt bewiesen durch fr. 48 pr. de usufr.: si paratus sit recedere ab usufructu fructuarius, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur [2]). Und ebenso ergibt sich aus den obigen Erörterungen von selbst, daß der Preisgebungswille des Dominus nicht in Betracht kommt, wenn seine Preisgebung als widerrechtlich vom Rechte nicht berücksichtigt wird — so insbesondere, wenn es sich um eine Sache handelt, deren Erhaltung eine Pflicht des Dominus ist; so wenn der Eigenthümer einer dem öffentlichen Gebrauche bestimmten Brücke

1) Dieser Entwickelungsgang ergibt sich aus Ulpian, in fr. 9 § 1 de neg. gest. Ueber die Noten des Proculus vergl. Pernice, Labeo I S. 84.

2) Vgl. auch noch fr. 3 § 5 de in rem verso: hactenus erit dominus obligatus, ut, si non putat sibi expedire nomen debitoris habere, cedat creditori actionibus procuratoremque eum faciat.

für die Unterhaltung derselben zu sorgen hat; oder wenn ein Rheder ein baufälliges Schiff mit Mannschaft den Wellen überläßt, in der schnöden Hoffnung, die Versicherungssumme zu lucriren.

Das Entwickelte kommt insbesondere auch in Betracht bei gefundenen Sachen. Der Finder, welcher die Sache in seine Obhut nimmt, ist ein negotiorum gestor [1]), und seine gestio gibt ihm Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen — wie solches insbesondere in einer Reihe deutscher Rechtsquellen anerkannt ist [2]). Aber die Gestio kann auch eine putative Gestio sein und der Dominus kann die Sache aufgeben — gibt er sie auf, so haftet er nicht für die weitere Gestio, er haftet auch für die frühere nicht, sofern er die Sache heimschlägt und der Finder in der Sache selbst genügenden Ersatz findet. Ein solches Aufgeben der Sache braucht nicht ausdrücklich zu geschehen, es kann auch stillschweigend dadurch erfolgen, daß der Dominus seine Recherchen aufgibt: gibt er sie auf, veranlaßt er keine weiteren Nachforschungen Dritter, so ist damit gesagt, daß er sich einstweilen mit der Sachlage beruhigt, — aber nicht auch, daß er das Eigenthum preisgibt: es ist ein großer Unterschied, ob Jemand erklärt, daß er die Sache nicht mehr eines bestimmten Aufwandes werth halte, und ob er die Sache derelinquirt. Er kann daher immerhin sich später, solange das Fundrecht sein Eigenthum nicht an den Finder übergehen ließ, sich zur Sache

1) Vgl. auch Delbrück in diesen Jahrb. III S. 25 f.

2) Vgl. z. B. Sachsensp. II 37 § 1: gelde die kost, die jene dar mede gehat hevet, of it perd oder ve is; II 29: unde he ime sine kost gelde na guder lüde kore; Weisthum v. Ueberdingen v. 1454 § 8 (Grimm Weisth. VI S. 693); von Rümlang § 19 (ib. IV S. 305): sol der, des der irgang ist, den costen und schaden, so der irgang kostet hat, usrichten; von Affholtern § 7 (ib. IV S. 392): der sol dem amptmann sinen schaden ablegen u. s. w.

ziehen[1]; allerdings hat er dann die Kosten der negotiorum gestio zu ersetzen, also die Kosten, welche aufgewendet wurden, solange die Thätigkeit des Finders eine negotiorum gestio war, solange der Dominus sich noch nicht apathisch zur Sache verhielt; die späteren Kosten hat er zu ersetzen, soweit die Sache dadurch conservirt oder verbessert wurde, d. h. nach den Grundsätzen der Bereicherung: die Kosten der ersten Periode waren Kosten einer wirklichen, die der zweiten Periode dagegen Kosten einer vermeintlichen negotiorum gestio: für die ersteren haftet der Dominus kraft Rechtsgeschäfts, für die letzteren nach den Condictionsgrundsätzen[2]).

Dieser Unterschied hat die wichtige Bedeutung: waren Kosten erfolglos aufgewendet, ist beispielsweise das gefundene oder das gerettete Gut untergegangen, so hat sie der Dominus nur zu ersetzen, solange sie in der Periode der negotiorum gestio aufgewendet wurden; nicht mehr, sobald sie aufgewendet wurden, nachdem er die Sache aufgegeben hatte.

Die Grundsätze sind daher klar; nur die faktische Festsetzung des Aufgebungswillens kann Schwierigkeiten machen: dieser Wille, wie jeder andere, wird im Rechte nur berücksichtigt, soweit er sich geäußert hat; die Aeußerung kann in der verschiedensten Weise stattfinden. Die Dame, welche das entlaufene Hündchen eindringlichst annoncirt, wird nicht so bald als verzichtend angesehen werden können; wogegen derjenige, welcher die Sache nicht einmal der Annonce werth erachtet,

1) Daß darin keine Ratihabition der Gestion liegt, darüber vgl. oben S. 52 No. 2.

2) Es gilt dasselbe, wie wenn nach begonnener Gestion ein Verbot des dominus eingetreten wäre; die vor dem Verbot geleistete Thätigkeit bleibt Gestionsthätigkeit und die bis dahin gemachten Aufwendungen sind zu ersetzen. Vgl. c. ult. h. t.; Dalloz, Répert. v. Obligations nr. 5479; Sächs. Gesb. § 1355; vgl. auch meine Abhandl. in diesen Jahrb. XVII S. 378

sie sofort aus dem Bereiche seiner Interessen entläßt; und derjenige, welcher die Sache mit einer neuen ersetzt, erklärt damit implicite, daß er auf die verlorene Sache nicht mehr reflectirt. Das ganze Verfahren des Dominus, der Zeitablauf, die neuen Lebensverhältnisse, in welche er sich eingelebt hat, können ebenso viele Zeugnisse seiner auf die Sache bezüglichen Stimmung bieten.

Ein vorzügliches Beispiel hierfür gewährt das Seeversicherungsrecht. Der Versicherte ist bei Eintritt des Unglücksfalles der Gestor des Versicherers: er ist sogar verpflichtet für die Erhaltung der Sache zu wirken, a. 823, darum hat ihm der Versicherer die Kosten dieser Gestion zu ersetzen, a. 838 Z. 3, a. 844 cf. a. 874 HGB.; er hat sie ihm zu ersetzen, selbst wenn sie erfolglos aufgewendet sind, vgl. a. 838 Z. 3 HGB. Hiervon kann sich jedoch der Versicherer ledigen; er kann sich ledigen, wenn er nach Eintritt des Unfalls erklärt, daß er auf die Rettung der Sachen nicht mehr reflectire: er thut es, indem er sofort die volle Versicherungssumme bezahlt, als wie wenn die Sache untergegangen wäre, a. 845 HGB.[1]); doch bleibt er auch hier haftbar, soweit solche Kosten aufgewendet wurden, bevor seine Erklärung dem Versicherten zugekommen ist.

§ 3.

Der Dominus ist Herr seiner Interessen. Daraus geht hervor, daß auch ein dem Dominus fremdes Geschäft zum Geschäfte des Dominus werden kann, wenn er es anerkennt, wenn er erklärt, es als das seinige annehmen zu wol-

1) Vgl. auch die allgemeinen Seeversicherungsbedingungen v. 1867 § 66, 84 Z. 3, 92 und 93. Vgl. ferner C. de comm. a. 381, Droz, Traité des assurances maritimes II nr. 606 f.

len [1]). So kann es kommen, daß das negotium alienum zum negotium suum wird: ratihabitio constituet tuum negotium, quod ab initio tuum non erat, sed tua contemplatione gestum, fr. 5 § 11 de neg. gest., vgl. auch fr. 5 § 12 eod.: ratihabitio hoc conciliat, quae res efficit, ut tuum negotium gestum videatur [2]). Es gilt hier dasselbe wie beim Mandat: auch beim Mandat kann ich fremde Interessen in meinen Kreis aufnehmen, und dies genügt als causa mandati; dies genügt, auf daß der Mandatar mir mandatsweise haftet; worauf später (S. 108) zurückzukommen ist. Wie ich daher Jemanden beauftragen kann, einem Dritten zu schenken, so kann ich es auch ratihabiren, wenn Jemand für mich eine Schenkung gemacht hat; und wie ich Jemanden beauftragen kann, einen Dritten seines Besitzes zu entsetzen, so kann ich es auch ratihabiren, wenn ein Dritter es für mich gethan hat. Und daß ich dieses fremde Geschäft zum meinigen machte, hat auch sonst wichtige Wirkungen: ich muß mich jetzt auch in anderen Beziehungen darnach behandeln lassen, daß das Geschäft nunmehr das meinige ist: wurde eine Nichtschuld eincassirt, so hafte ich mit der condictio indebiti; ist eine res hereditaria besessen, so hafte ich mit der hereditatis petitio, fr. 5 § 11. 12 de neg. gest., fr. 81 § 5 de furt., fr. 13 § 12 de hered. pet.; ist eine bonorum possessio agnoscirt [3]), so hafte ich als bonorum possessor; ist in meinem Namen ein Vertrag abgeschlossen, so hafte ich kraft des Vertrages [4]); ist eine De-

---

1) Vgl. auch Wlassak, zur Geschichte der neg. gestio S. 74 f. Vgl. auch Sächsisches Gesetzbuch § 1358.

2) Vgl. auch Dalloz, Répert. v. Obligations nr. 5410 f.

3) Vgl. fr. 3 § 7, fr. 7 pr. de bon. possess., fr. 24 pr. rat. rem hab.

4) Vgl. auch noch fr. 23 de neg. gest.

jection vollzogen, so hafte ich als Dejicient, fr. 1 § 14 de vi et vi arm., fr. 3 § 10 und 11 eod.

Dieser Grundsatz ist von der einschneidendsten Wichtigkeit; denn er erst ermöglichte eine stellvertretende Geschäftsführung, er erst ermöglichte eine Geschäftsführung mit unmittelbarem Rechtserwerb und unmittelbarer Schuldbeziehung zu Dritten; er erst ermöglichte eine Geschäftsführung in Bezug auf Geschäfte, welche ohne Zustimmung des Dominus nicht Geschäfte des Dominus werden können, weil sie in seinem Namen eingegangen werden und mithin seine Zustimmung nöthig ist, damit sie überhaupt zur Perfection gelangen. Denn so weit kann als Regel die negot. gestio nicht ausgedehnt werden, daß sie, auch wenn sie völlig utiliter operirte, unmittelbar Rechtsgeschäfte des Dominus erzeugte: Rechtsgeschäfte des Dominus bedürfen seines Geistesaktes, sie bedürfen mindestens seiner Selbstentäußerung durch die Vollmacht. Daß nun aber Rechtsgeschäfte des Dominus kraft negot. gestio erzeugt werden können, beruht darauf, daß eine Gestio möglich ist in Bezug auf Angelegenheiten, welche noch nicht den Dominus betreffen, welche er aber durch spätere Willenserklärung zu den seinigen macht. Der Grundsatz: ratihabitio facit suum negotium hat sich auch in der Art bewährt, daß die Ratihabition ein Rechtsgeschäft zum Abschlusse bringt, welches der Mitwirkung des Dominus bedarf, damit es überhaupt Rechtsgeschäft werde: die ratihabitio macht auch dasjenige negotium zu einem negotium des Dominus, welches erst ein negotium wird, wenn es ein negotium des Dominus ist [1]).

1) Ueber die stellvertretende negot. gestio vgl. namentlich Donellus, de jure civili XV 17 nr. 10 (Ed. Florent. 1842) IV p. 161 f., Zimmermann, stellvertretende negot. gestio S. 138 f., hier auch S. 301 f. über Besonderheiten; vgl. ferner Dalloz Rép. v. Oblig. nr. 5462.

§ 4.

Oben ist die Utilität der neg. gestio betont worden; diese Utilität verlangt, daß das Geschäft ein Geschäft des Dominus ist d. h. daß es eine Hülfeleistung für sein Interesse enthält; aber sie verlangt noch mehr, sie verlangt, daß das Geschäft in einer zweckentsprechenden Weise geführt wird, daß nicht nur die Interessensphäre des Dominus berührt wird, sondern daß dieselbe auch in einer entsprechenden, angemessenen Weise berührt wird: daß sie berührt wird zur Erreichung gewisser Zwecke, daß sie berührt wird durch Anwendung geeigneter Hülfsmittel.

Was nun dieses betrifft, so ist zu sagen: Die Zwecke, denen die Führung dienen soll, sind Zwecke des dominus, die Mittel aber, mit welchen diese Zwecke erfüllt werden sollen, sind die Mittel des Gestor; und die Frage, ob die Utilität nach subjectiven oder objectiven Gesichtspunkten zu beurtheilen sei, sollte überhaupt nicht in dieser Form gestellt werden. Die Mittel sind naturgemäß nach den Umständen des Gestor abzumessen, und wenn dieser mit besonderen Kenntnissen, besonderen Erfahrungen, besonderen Geschicklichkeiten ausgerüstet ist, so kommen natürlich diese in Betracht. Das Geschäft kann ein solches sein, daß es gar nicht von dem Dominus geführt werden könnte, daß der Dominus es unter allen Umständen einem Dritten überlassen müßte. Der Gemsjäger, welcher einen erschöpften, ohnmächtigen Alpensteiger in die Hütte trägt, der Arzt, welcher einem verwundeten Wanderer die ärztliche Assistenz leistet, der Sprachenkundige, welcher einen Fremden gegen ein Mißverständniß vertheidigt — alle diese leisten Menschenhülfe nach Maßgabe der ihnen eigenst zu Gebote stehenden leiblichen oder geistigen Hülfsmittel. Dasselbe gilt auch dann, wenn ein Fabrikarbeiter, eine Feuers-

gefahr erkennend, mit der ihm kraft seiner Fabrikthätigkeit innewohnenden Fertigkeit den Brand löscht, oder ein Architekt einem baufälligen Gebäude sofort abhilft. Ebenso sicher ist es aber, daß es die subjectiven Zwecke des dominus sind, welchen der Gestor sich unterordnen muß [1]; denn seine Sache ist es nicht, den dominus zu bevormunden, seine Sache ist ihm die Menschenhülfe zu leisten, welcher er bedarf; und nur wenn es sich um solche Zwecke handelt, deren Erreichung eine unabweisbare Pflicht ist, gilt etwas Anderes, wie solches bereits aus dem Obigen hervorgeht. Daher ist es selbstverständlich keine negot. gestio, wenn ein übereifriger Freund mir damit einen Gefallen erweisen will, daß er meine Villa und Garten niederreißt und in Bauplätze verwandelt [2], oder meinen begonnenen Renaissancepalast, dessen sofortiger Ausbau nöthig ist, mit einigen gothischen Thürmchen flankirt, oder in dem Hofe, wo meine Kinder spielen, eine Miethkaserne baut; es ist keine utilis gestio, wenn Jemand einem in momentane Geldnoth gerathenen Sohn so viel Geldmittel vorstreckt, daß dieser zum Schlemmer wird [3], oder wenn er der Nichte eines

---

1) Vgl. auch Ruhstrat, Arch. f. civ. Prax. XXXII S. 189, Monroy, vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 26 f. Sächsisches Gesetzbuch § 1345: „Der Geschäftsführer hat sich bei der Geschäftsführung nach dem ihm bekannten wirklichen oder muthmaßlichen Willen des Geschäftsherrn und, in Ermangelung eines daraus zu entnehmenden Anhaltes, nach der Natur der Sache und nach den Verhältnissen des Geschäftsherrn zu richten“.

2) Vgl. auch Wächter, Arch. f. civ. Prax. XX S. 355 f. Vgl. ferner Obertrib. Berlin 18./3. 1879 Seuffert Arch. XXXV 22: „es kommt dabei wesentlich mit in Betracht, ob die Handlung nach der besonderen Lage des Geschäftsherrn eine nützliche gewesen ist, ob sie seinem präsumtiven Willen entsprochen hat“.

3) Man vgl. auch analog fr. 3 § 3 de in rem verso: ut se aleret et vestiret secundum consuetudinem domini, id est usque ad eum modum, quem dominus ei praestare consueverat (cf. fr. 3 § 2 eod.). Vgl.

Bekannten eine Ausstattung gibt, welche ihr Oheim ohne Mitgift heirathen lassen wollte, — etwa weil er dem Ehemanne mißtraut [1]). Das Gegentheil hieße die Lebensauffassung eines Anderen der meinigen vorziehen, meinen Idealismus dem Utilitarismus eines Anderen preisgeben, mein ganzes Lebensideal verrücken und mich in Geschäfte stürzen, die meinem Wesen zuwider sind [2]). Für solche Hülfeleistung kann man füglich bestens danken [3]).

Eine andere Frage ist es, ob nicht hier der entschuldbare Irrthum des Gestor Berücksichtigung finden kann, und diese Frage darf allerdings nicht von der Hand gewiesen werden. Zwischen einem bloß putativen Geschäfte, das den Dominus nichts angeht, und dem Geschäfte eines Dominus, welches in einer seinen Lebenszwecken nicht entsprechenden Weise ausgeführt wird, ist ein großer Unterschied: was mein und nicht mein ist, steht äußerlich fest [4]); meine Lebenszwecke aber sind mein Internum, mein Heiligthum und treten oftmals nur bruchstückweise an die Oberfläche. Hier kann von einer Identifikation der Drittbestrebungen mit den meinigen vielfach kaum die

---

ferner fr. 7 § 13 ad S. C. Maced.: certe eam quantitatem, quam pater solebat subministrare.

1) Vgl. auch fr. 9 de in rem verso (cf. fr. 3 § 2 eod.).

2) Umgekehrt ist aber auch der Gestor entlastet, wenn er in meinem Sinne gehandelt hat, sollte auch eine wirthschaftlichere Vermögensverwaltung, sollte auch eine ökonomischere Lebensgestaltung nahe liegen, fr. 18 § 1 de usur.

3) Vgl. auch fr. 14 § 10 de relig., wo die actio funeraria abgewiesen wird, si forte in contumeliam defuncti hominis locupletis modicus (sumptus) factus sit.

4) Und auch ob eine Sache zum Untergang bestimmt ist oder nicht, wird meist nicht so schwer zu ermitteln sein; im Nothfalle findet hier die oben nachgewiesene Ausgleichung statt.

Rede sein [1]), nur von einer Annäherung an dieselben; und wenn der Gestor mit der nöthigen Discretion gehandelt und sein Bestes gethan hat, um der Geistesrichtung des Dominus zu entsprechen, so wird man seiner actio Gehör geben müssen [2]); das Gegentheil wäre geeignet, dem Institute den Lebensfaden abzuschneiden. Gilt doch auch das Gleiche, wenn ich als Dominus absichtlich meine Angelegenheiten einem Dritten übergebe: alle meine Instructionen werden nicht hinreichen, meine Pläne in der Weise an die Außenwelt zu richten, daß nicht gewisse Eventualitäten der freien Erwägung des Verwalters anheimgegeben werden müssen; auch hier kann man nur eine möglichste Annäherung an die Absichten des Dominus, keine völlige Coincidenz verlangen [3]) — um wie viel mehr, wenn ein Dritter, welcher in die Verhältnisse des Dominus kaum eingeweiht ist, auf die Schneide gestellt und zum Entschluß gedrängt ist. Dazu kommt noch, daß der Gestor mit seinen Mitteln und mit seiner Geschäftskenntniß zu arbeiten hat; daß er möglicherweise in die besonderen individuellen Techniken des Dominus nicht eingeweiht ist, mithin auch mit dem besten Willen nicht die gleichen Resultate erzielen kann: denn die Resultate sind häufig durch die angewendeten Mittel bedingt. Wer eine Maschine, deren Weiteroperiren Tod und Verderben brächte, plötzlich zum Stillstande bringt, der vollzieht ein negot. utile, auch wenn der Dominus mit

1) Es ist daher unrichtig, wenn man gemeint hat, die Geschäftsführung müsse der Art sein, daß sie der Dominus ebenso gewollt hätte oder hätte wollen müssen, wenn er selbst dabeigewesen u. s. w. Vgl. hiergegen Sturm, das negotium utiliter gestum S. 14 f. 27 f.

2) Vgl. auch fr. 13 § 22 de act. emt. (verisimile).

3) Daher sind alle Auffassungen verfehlt, welche das Institut der neg. gestio auf Willensübereinstimmung und Aehnliches bauen wollen; Citate sind überflüssig.

einem richtigen Griffe ihre Operation nicht etwa sistirt, sondern nach nutzbringender Seite hin gelenkt hätte; und wenn der Zauberlehrling auch nur einigermaßen die Fluth abwenden kann, so handelt er im Interesse des Dominus. Wo die Erreichung der dem Dominus vorschwebenden Zwecke unmöglich ist, da muß man den Gestor anerkennen, wenn er auch nur nach Kräften bestrebt war, sich diesen Zwecken anzunähern. Die negot. gestio involvirt ein Pflichtenverhältniß, welches den Regeln der bona fides untersteht [1]).

Um so dringender wird natürlich seine Pflicht, sich auf das Nothwendige zu beschränken, da er nur so der Gefahr entgeht, einen falschen Griff zu thun und sich einem berechtigten Desaveu auszusetzen [2]) — im Falle dieses Desaveu hätte er bloß die Bereicherung zu beanspruchen oder das jus tollendi, weiter nichts; er hätte bloß dieses zu erwarten, ja er müßte für das Vermögen des Dominus aufkommen, welches auf solche Weise den Zwecken des Dominus entzogen worden wäre. Dies ergibt sich auch aus einem instructiven Falle des Proculus, den uns Pomponius hinterlassen hat, fr. 10 de neg. gest.: si quid damnum ex ea re secutum erit, te sequetur, lucrum vero absentem: ein solches damnum ist auch der Schaden, welchen der dominus erleidet, wenn sein Vermögen incongruenten Zwecken geopfert worden ist.

§ 5.

Die negotiorum gestio setzt also voraus, daß die Gestio eine Menschenhülfe sei; sie braucht nicht die Hülfe für einen

1) Ueber die bona fides bei der neg. gestio vgl. auch Pernice, Labeo II S. 302; vgl. auch schon Cicero, top. XVII § 66, vgl. ferner Paulli Sent. I 4 § 1.

2) Vgl. auch fr. 3 § 4 de in rem verso: quae magis ad voluptatem pertinent quam ad utilitatem .... quia nec procurator haec imputaret,

bestimmten Menschen zu sein. Es kommt deßhalb nicht darauf an, ob der Gestor den Dominus kannte, für welchen er thätig war, es kommt auch nicht darauf an, ob er einen anderen Dominus für den richtigen hielt [1]): der Gestor hat eine Menschenhülfe geleistet, und es treten darum die charakteristischen Erfolge der neg. gestio utilis ein: Ersatz der Aufwendungen, auch wenn die Gestio schließlich abortirt. Es ist daher auch nichts sicherer, als daß ein solcher Irrthum nicht in Betracht kommt — er kommt nicht in Betracht, weil die neg. gestio eine Menschenhülfe, keine Menschenhülfe in tendenziöser Richtung auf die Person des Dominus voraussetzt. Daher die römischen Entscheidungen: ich rette den Sclaven des Sempronius, den ich für den Sclaven des Titius halte, fr. 5 § 10, cf. fr. 5 § 1 de neg. gest.; ich führe Erbschaftsgeschäfte, weil ich meine Schwester für die Erbin ex testamento halte; in der That ist aber das Testament nichtig und die Söhne des Verstorbenen sind die Erben — ich habe gegen diese die act. neg. gest., fr. 44 § 2 de neg. gest.; ich führe die Geschäfte des homo

---

nisi forte mandatum domini aut voluntatem habuit. Vgl. ferner fr. 3 § 6 eod.: quod mutuatus servus domino emit volenti ad luxuriae materiam.

1) Vgl. auch OAG. Celle 15./5. 1856. Seuffert Arch. XI 37. Sächsisches Gesetzb. § 1343: „Hat sich der Geschäftsführer bei der Geschäftsführung über die Person des Geschäftsherrn geirrt..., so gelten diejenigen als Geschäftsherren, deren Geschäfte geführt worden sind". Hieran scheitern alle Vertragstheorieen. Unrichtig auf Grund solcher Theorien Pothier, mandat nr. 194, welcher glaubt: à ne considérer que la subtilité du droit, je n'ai d'action .... contre vous. ...... je n'ai pas eu intention de vous faire contracter aucune obligation envers moi; unrichtig auch Laurent, Principes de droit civ. franç. XX nr. 325 p. 355: le quasicontrat est un fait juridique analogue au contrat ... Richtig dagegen Aubry et Rau, Cours de droit civil franç. IV p. 723, Larombière, Théorie et prat. des obligations V ad a. 1372 nr. 7. Doch kommt auch Pothier l. c. zu dem richtigen Resultat, wenn er fortfährt: j'avais une intention implicite en faisant cette affaire de faire l'affaire de celui qu'elle concernait.

liber qui tibi bona fide servit und führe sie, indem ich ihn für deinen Sclaven, indem ich daher sein Vermögen für das deinige halte: nichts destoweniger findet die neg. gest. actio gegen denjenigen statt, den die Geschäfte speciell treffen, also gegen den Pseudosclaven — gegen den Herrn desselben nur, soweit ihn die Geschäfte angehen, soweit es sich also um einen Erwerb ex re sua oder ex operis handelt, fr. 5 § 9 de neg. gest.; vgl. auch fr. 14 § 1 comm. div. u. s. w.[1]). Besonders Pomponius ist es, welcher diesen Gesichtspunkt lebhaft betont zu haben scheint.

Daher findet auch die neg. gestio statt, wenn die Person des Dominus nicht nur subjectiv unsicher, sondern auch objectiv ungewiß ist; so war es besonders, wenn die Geschäfte des Kriegsgefangenen geführt wurden: man warf allerdings den Zweifelsgrund auf, daß die Vermögensstücke eo tempore quo (negot.) gerebantur dominum non habuerunt, aber über diesen Zweifel setzte man sich hinweg, fr. 11 pr., fr. 18 § 5, fr. 19 de neg. gest.[2]), und mit vollem Rechte. Ueber eine ähnliche Schwierigkeit bezüglich der hereditas jacens hatte schon das prätorische Edict hinweggeholfen[3]), fr. 3 pr. de neg. gest.: sive quis negotia, quae cujusque cum is moritur fuerint, gesserit, judicium eo nomine dabo; vielleicht war dieses der Grund, warum der Prätor in seinem Edikte, anstatt bloß die civilistischen Formeln zu proponiren, das judi-

1) Analog verhält es sich bei der actio communi dividundo: es genügt, daß ich den Aufwand für eine gemeinsame Sache machen will, und es kommt nicht in Betracht, wenn ich mich bezüglich des socius irre, fr. 29 pr. comm. divid., cf. fr. 14 § 1 eod.

2) Vgl. dazu Hase, jus postliminii S. 112 f., Bechmann, jus postliminii S. 69 f.

3) Vgl. auch Pernice, Labeo I S. 365 f.

cium ausdrücklich versprach — um Zweifel zu heben[1]); vgl. auch fr. 3 § 6 eod.: de quo fuit necessarium edicere, und dazu noch fr. 21 de neg. gest. und die Construction des Paullus, fr. 20 § 1 de neg. gest.[2]). Und ein solches Erbschaftsgeschäft liegt nach römischer Anschauung auch in der Beerdigung des Verstorbenen; denn qui propter funus aliquid impendit, cum defuncto contrahere creditur, non cum herede, fr. 1 de relig.

Schwieriger noch liegt der Fall, wenn Jemand als tutor eines posthumus eingesetzt ist: tutor ist er erst mit der Geburt des posthumus; wird der posthumus geboren, so wird allerdings auch die frühere Gestion zur Tutel eingerechnet; wenn nicht, so ist es negot. gestio, und die actio geht gegen den wirklichen Dominus, fr. 19 § 2 de testam. tut., fr. 1 § 6 de eo qui pro tut., fr. 28 de neg. gest. Allerdings läßt sich hier das Bedenken nicht unterwinden, daß die Gestionsabsicht auf einen homo nondum natus gerichtet ist, welcher möglicherweise nicht geboren wird, daß mithin der Mangel nicht in der Ungewißheit des Gerenten, sondern in der Richtung desselben auf eine nicht vorhandene Persönlichkeit liege; darum hat auch noch Paullus, fr. 24 de tut. et rat. distr., hier die actio neg. gest. verneint und eine utilis actio gegeben. Andere Juristen, namentlich Ulpian, haben sich darüber hinweggesetzt, und mit Recht; denn wenn das Subject des Gestionsgeschäfts nicht in Betracht kommt, so kann es auch kein durchschlagender Mangel sein, wenn der Gestionswille nicht nur auf eine unrichtige, sondern auch auf eine noch nicht existirende Persönlichkeit gerichtet ist.

1) Denn daß früher eine formula in factum concepta gegeben war, (Wlassak, zur Geschichte der neg. gest. S. 15 f. 21 f.), halte ich nicht für erwiesen; vgl. auch Lenel, Edict. perpet. S. 85 f.

2) Vgl. auch Köppen, die Erbschaft, eine civil. Abhandl. S. 82 f.

Daher ist auch eine Gestion zu Gunsten einer erst in der Bildung begriffenen juristischen Person möglich, wie solches denn auch das moderne Recht namentlich in Bezug auf Aktiengesellschaften und dgl. angenommen hat [1]).

Das Subject des Gestionsgeschäfts kommt daher nicht in Betracht; wohl aber das Gestionsgeschäft selbst, und dieses wird fixirt durch das objektive Interesse, zu dessen Gunsten die Hülfeleistung bestimmt ist: auf wessen Person die Intention des Gestor gerichtet ist, kommt nicht in Rücksicht, wohl aber kommt das objektive Interesse in Rücksicht, auf welches die Intention abzielt: der Gestor soll seinen Ersatz haben für seine Menschenhülfe ohne Rücksicht auf die Person, welcher er sie leisten wollte — denn in dieser Hinsicht ist ein Menschenantlitz dem andern gleich — aber er soll den vollen Ersatz nur haben für diejenige Menschenhülfe, welche er leisten wollte: denn nur in dieser Hinsicht liegt die wohlthätige Intention vor, welcher das Recht in die Hand arbeiten will; er soll diesen Ersatz haben nur für die Wahrung desjenigen Interesses, welches er zu wahren gesonnen ist [2]). So denn auch vortrefflich Labeo, und ihm folgend Pomponius und Julian.

Es waren namentlich zwei Fälle, deren Bewältigung den römischen Juristen oblag. Der Gestor ist in einer Angelegenheit thätig, welche die Mündelverwaltung betrifft. Die Angelegenheit greift in das Interesse des Mündels, sie greift aber auch in das Interesse des Vormundes ein, welcher für zweckentsprechende Wahrung des Mündelgutes zu sorgen hat. Es ist nun wesentlich, nach welcher Richtung hin die Hülfe geleistet werden soll: ist die Intention auf die Integrität des

1) Vgl. Reichsoberhandelsgericht 20./5. 1873 Entsch. X S. 200 f. 205 f. und die hier cit., 21./1. 1876 Entsch. XX S. 208 f. 212.

2) Vgl. auch Donellus, de jure civili XV 17 nr. 6 f. (Ed. Florent. 1842) IV p. 158 f.

Mündelvermögens gerichtet, so führt der Gestor ein Geschäft des Mündels, andernfalls ein Geschäft des Vormundes; daher, je nachdem, die neg. gestio gegenüber dem einen oder anderen; die Regel wird natürlich das erstere sein, und würde der Gestor von der Pupilleneigenschaft des Dominus nichts wissen, so würde sich dies von selbst verstehen. So fr. 5 § 2 de neg. gest., so analog fr. 45 pr. eod.

Der zweite Hauptfall ist der, wenn es sich um einen servus oder filiusfamilias handelt. Servus und filiusfamilias sind selbständige Vermögensfaktoren, sie sind keine Repräsentanten des Hausvaters, wenn auch ihr Aktiverwerb mit Nothwendigkeit in das Vermögen desselben fällt[1]); sie haben auch kraft der Peculien eine selbständige wirthschaftliche — wenn auch nicht rechtliche Stellung, und damit selbständige Interessen[2]). Eine Hülfeleistung, welche sich auf das Peculiarvermögen bezieht, kann daher auf die Interessen des Hausvaters[3]), wie auf die Interessen der servus oder des Haussohnes abzielen, und dementsprechend handelt es sich um ein Geschäft des ersteren oder des letzteren. Die Regel wird natürlich das letztere sein; regelmäßig wird daher die actio neg. gest. gegen den Sohn stattfinden — und gegen den Vater nur die actio de peculio und de in rem verso; und dies versteht sich wieder-

1) Schlußfolgerungen hieraus für die Lehre des Rechtsgeschäfts an einem anderen Orte.

2) Daher ist es kein in rem domini versum, wenn der Sclave seine Peculiarschuld bezahlt, fr. 11 de in rem verso, oder einen Dritten sich für die Sclavenschuld verbürgen läßt, fr. 18 eod.; wohl aber liegt ein in rem versum darin, daß der Haussohn als defensor auftritt, wenn der Hausvater de peculio belangt wird, fr. 10 § 3 eod.

3) Bezüglich dieses Falles vgl. fr. 10 § 5 de in rem verso: si contemplatione domini pecuniam dedi non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens, negotiorum gestorum actione potero etiam de usuris experiri.

um da von selbst, wo der Gestor von der Eigenschaft des filius als eines Gewaltunterworfenen nichts weiß, wo er daher die Geschäfte des Peculiarvermögens als eines selbständigen Vermögens verfolgt; so fr. 5 § 8 de neg. gest.[1]).

Dies die Hauptfälle. Aber auch noch andere interessante Complicationen boten sich den römischen Juristen dar, an welchen sich dieses Princip erproben mußte. Dahin gehört vor allem ein interessantes Responsum des Scävola fr. 60 § 1 mandati. Ich erfahre, daß eine nähere Bekannte heirathen will und daß ihre Mutter sie ausstatten wird. Um die Ehe zu begünstigen, schreibe ich dem Bräutigam, daß ich für alles, was die Mutter an Dos verspricht, gutstehen werde. In Folge dessen heirathet die Bekannte. Ich oder mein Erbe kommt in die Lage, die Dos zu bezahlen; haben wir die actio negot. gestorum gegen die Mutter oder ihre Erben? Scävola verneint es: palam enim facere Titium non tam Titiae (der Mutter) nomine, quam quod consultum vellet mandasse. In ähnlicher Weise entscheidet Papinian in seinem 17. Buche der Quästionen (fr. 8 de usufr. ear.

1) Daher ist auch die Ratihabition des Dominus unwirksam. Sie hat auch nicht die Wirkung eines nachträglichen jussus (fr. 1 § 6 quod jussu, aber auch fr. 5 § 2 de in rem verso), denn sie bezieht sich nicht auf ein Geschäft, welches für den Dominus ausgeführt wurde, sondern auf ein dem Dominus fremdes Geschäft. Und daß nichts destoweniger eine Haftung de in rem verso möglich ist, beruht auf dem Satze, daß die actio de in rem verso nicht nur dann stattfindet, wenn der Sohn ein Geschäft von Haus aus für den Dominus geführt hat, sondern auch dann, wenn der Sohn das in das Peculium Erworbene nachträglich in rem domini vertit, vgl. fr. 3 § 1, fr. 5 § 3 de in rem verso; vgl. auch Witte, Bereicherungsklagen S. 259. So erklärt sich vortrefflich der Schluß der Stelle (fr. 5 § 8 cit.): et in patrem dandam actionem, in quantum locupletior ex mea administratione factus sit; denn was auf diesem Wege in rem domini kommt, stammt ex mea administratione. Richtig Witte S. 37 f., unrichtig Zimmermann, ächte und unächte Neg. Gestio S. 71 f.

rer.[1]). Zwei Erben ist es im Testament aufgegeben, für den Quasiusufructuar die Caution zu leisten; dieser Testamentsbestimmung entsprechend verbürgen sie sich und sie kommen in die Lage zu zahlen. Sie haben keinen Regreß; eos mandati non acturos: non enim suscepisse mandatum, sed voluntati paruisse; denique cautionis legato liberatos[2]).

Das heutige Recht wird diese Entscheidungen unzweifelhaft insofern anerkennen, als in der Uebernahme der Bürgschaft hier keine neg. gestio[3]) liegt; ob aber nichtsdestoweniger aus der Zahlung ein Regreßanspruch hervorgeht, ist eine andere Frage, welche mit der Lehre von den Correal- und Solidarobligationen zusammenhängt und unten (S. 118 f.) weiter zu erörtern ist.

Ein ganz besonders wichtiger Anwendungsfall des modernen Rechts ist es, wenn Jemand Aufwendungen macht zu Gunsten des Versicherers — Aufwendungen, welche auch dem Versicherten zu Gute kommen. Auch hier besteht das Gestionsverhältniß nur gegenüber dem Versicherer, nicht auch gegenüber dem Eigenthümer der Sache, und zwar handelt es sich nicht um zwei verschiedene Träger desselben objectiven Interesses, sondern um zwei verschiedene Interessenkreise, in welche die Gestion einschlagen kann. Würde der Gestor zu Gunsten des Versicherten handeln, so würde allerdings der Versi-

1) Vgl. hierzu Cujac. in lib. XVII Quaest. Papin. (Ed. Mut. IV p. 400 f.)

2) Allerdings ist nur die actio mandati direkt abgesprochen; aber auch die act. negot. gest. soll verneint werden, wie solches aus dem Satz mit denique hervorgeht.

3) Im letzteren Fall um so weniger, als es gewiß eher im Interesse der Erben wäre, wenn der Quasiusufructuar keine Bürgen finden würde und das Usufructvermögen ihm nicht ausgeliefert werden müßte. Indem sie gegenseitig Bürgschaft leisten, handeln sie gegen das eigene Interesse, daher ist ihnen der Wille, für den Usufructuar zu handeln, fern.

cherte haften, er hätte aber, sofern die Gestio ein versichertes Gut von einer versicherten Gefahr rettet, für das Gezahlte den Entschädigungsanspruch gegen den Versicherer, analog dem Anspruch, den er hätte, wenn das Gut untergegangen wäre: noch mehr, der Versicherte könnte den Gestor sofort auf den Versicherer verweisen, weil der Versicherer das Interesse des Versicherten auf sich genommen, die Gefahr, um deren Abwendung es sich handelt, zur seinigen gemacht hat [1]).

Uebrigens ist die Möglichkeit, daß ich für beiderlei Interessen sorgen will, nicht ausgeschlossen; in diesem Falle ist eine doppelte act. neg. gest. gegeben, welche aber natürlich dem Gestor nichts weiteres verschaffen darf, als vollständigen Ersatz [2]). Dieses ergibt sich ganz klar aus dem analogen Fall, wo Mandat und neg. gestio concurrirt, auf welchen alsbald einzugehen sein wird.

Nun ist es aber auch drittens möglich, daß der Gestor irrt, daß er nicht etwa bloß in der Person, sondern in der Realität des Geschäfts selbst irrt, indem er glaubt, daß die Hülfethätigkeit das eine Interesse befriedige, während sie in ganz andere Interessen einschlägt. Man setze den obigen Fall mit der Modification, daß ich Jemanden für bevormundet halte und im Interesse dieses Vormundes gerire, während die Person gar nicht bevormundet oder etwa von der Vormundschaft längst befreit ist. Dieser Fall ist von dem Falle

---

1) Vgl. auch Vivante, Contr. di assic. I nr. 361 f.

2) Ebenso haftet hier der Gestor mit der actio directa beiden Gestionsherrn; vgl. Paulli Sent. I 4 § 4: Mater, quae filiorum suorum rebus intervenit, actione negotiorum gestorum et ipsis et eorum tutoribus tenebitur: gerade hier wird der Fall sehr leicht vorkommen, daß die Mutter für die Söhne und für die (befreundeten) Tutoren zugleich sorgt. Wie hier geholfen wurde, damit der Gestor durch diese doppelte Haftung nicht belastet wird, ergiebt sich aus fr. 30 § 1 de neg. gest.

der bloßen Personendifferenz wohl zu unterscheiden: nicht bloß einer anderen Person kommt die Hülfe zu — eine objective Interessendifferenz liegt vor, und die Hülfe wirkt ganz anders als erwartet. Der Fall ist nicht mit demjenigen auf eine Linie zu stellen, wo ich ein Haus von den Flammen errette, ohne zu wissen, wem es gehört; sondern mit dem Falle, wo ich bei der Ueberschwemmung durch eine hydraulische Maßregel eine gar nicht vorhandene Gefahr a beschwören will, in der That aber damit das Unglück b verhüte. Die Verbindung zwischen der Intention und dem geretteten Gute ist eigentlich abgeschnitten, und es ist eben nur ein glücklicher Zufall, welcher der mißleiteten Hülfethätigkeit doch noch einen Erfolg gewährt. Würde die putative neg. gestio vom Rechte anerkannt, so wäre allerdings dem Gestor abgeholfen, er würde sich an den Dominus des putativen Geschäftes wenden — aber unser Fall zeigt ganz besonders eclatant die Unzulässigkeit einer solchen Rechtsbehandlung. Obgleich nun die Menschenhülfe hier nach ganz anderen Interessen hinzielt, als geplant ist, obgleich zwischen Intention und Wirklichkeit die größte Discrepanz besteht, so hat die Rechtsordnung dennoch vorgezogen, auch in diesem Falle des Sachirrthums die Vergütung der Hülfeleistung zu gewähren: in Ermangelung eines wirklichen Zieles des hülfereichen Schaffens werden die unerwarteten Wohlthaten, welche von ihm ausgegangen sind, in Contribution gesetzt; an Stelle der Chimäre tritt die unvermuthete Wirklichkeit.

Daß dem so ist, beweist die römische Entscheidung im Falle des Mandats — hier ist es Zeit, auf das Verhältniß zwischen Mandat und negot. gestio einzugehen.

§ 6.

Die Intention der Hülfeleistung wird nicht dadurch ausgeschlossen, daß der Gestor auf Grund irgend eines Zwanges,

eines Gebotes, einer Pflicht handelt [1]). Wer Hülfe leisten will, weil er Hülfe leisten muß, der will nichts destoweniger Hülfe leisten; das Recht kann sich mit der Hülfeleistung, es kann sich aber nicht — wenigstens nicht in erster Reihe — mit den Motiven der Hülfeleistung befassen: auch wer von der Polizei zur Hülfeleistung genöthigt wird [2]), hat die act. neg. gest. [3]); daher ist auch derjenige ein Gestor, qui aliqua necessitate urgente vel necessitatis suspicione gessit, fr. 3 § 10 de neg. gest. (vergl. auch c. 18 eod.: necessitate compulsum); daher hat auch derjenige die act. neg. gest., welcher die Geschäfte führte in der Meinung Sclave zu sein, fr. 18 § 2 de neg. gest. [4]): obgleich er ex necessitate servili handelt (Labeo), hat er doch gerendi negotii mei affectionem; er hat sie, obgleich er non quasi amici, sed quasi domini negotium gessit, fr. 35 eod. cf. fr. 5 § 7 eod.; noch mehr natürlich derjenige, welcher sie führt in der Meinung Vormund

1) Das französische Recht scheint auf den ersten Blick anderer Auffassung zu sein, denn a. 1372 (lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui) verlangt eine gestion volontaire; doch steht dies nur im Gegensatz zur Geschäftsführung des Tutors oder Mandatars. Vgl. darüber auch Dalloz, Répertoire v. Obligations nr. 5393 f. Vgl. auch, bezüglich der geschichtlichen Entwickelung des römischen Rechts, Wlassak zur Geschichte der neg. gest. S. 62 f.

2) So kommt es häufig vor, daß Jemanden prima facie eine Leistung auferlegt wird, unter Vorbehalt des Regresses gegen denjenigen, welchen die Sache wirklich betrifft; vgl. Dernburg, Preuß. Privatrecht II § 286 nr. 4.

3) Vgl. auch fr. 3 § 8 de neg. gest.: auch der vom Prätor zu meinen Diensten beorderte Executor führt meine Geschäfte. Vgl. Wlassak S. 100 f. Ebenso hat der curator die actio neg. gest., vgl. fr. 4 § 3, fr. 13 de tut. et rat. distr., fr. 7 § 2 de cur. fur., c. 7 arb. tut., c. 1 quod cum eo (4, 26), c. 17 de neg. gest.; vgl. auch Rudorff, Vormundschaft III S. 6 f., Wlassak S. 85 f., Lenel, Edict. perp. S. 255 f.

4) Ueber diese Stelle vgl. mein Autorrecht S. 344 f. (diese Jahrb. XVIII S. 473 f.).

zu sein (sofern nämlich nicht die actio protutelae gegeben ist), fr. 1 § 6 de eo qui pro tut., vergl. auch fr. 13 de tut. et rat. distr.

Daher schließt naturgemäß auch die Mandatspflicht die neg. gestio nicht aus [1]: auch wer auf Geheiß des Mandanten und kraft der übernommenen Verpflichtung handelt, der leistet Hülfe, der befriedigt ein Interesse. Daher könnte in thesi sogar bezüglich desselben Geschäftes und gegenüber demselben Mandanten ein Mandats- und ein Negotiorumgestionsverhältniß bestehen — ist doch die Ausführung des Mandates nichts als ein, wenn auch vertragsmäßig festgesetztes, Handeln im Interesse des Mandanten. Allerdings wird nun, solange hier keine Zweiung eintritt, die actio neg. gest. durch die actio mandati consumirt [2]; sie geht in ihr auf — aber nur deßhalb, weil überhaupt ein Rechtsverhältniß, welches die Sachlage nur nach einer bestimmten Seite umfaßt, von einem anderen Rechtsverhältnisse absorbirt wird, welches die Sachlage nach allen Seiten umschließt [3] — ganz ähnlich wie eine Delictsform, welche nur eine Seite der That repräsentirt, durch eine andere Delictsform verdrängt wird, welche die Sachlage juristisch vollkommen erschöpft [4]) Dies weiß schon Labeo:

1) Vgl. zum Folgenden auch Chambon, Negot. Gestio S. 115 f.

2) Vgl. fr. 6 § 1 mand.: si cui fuerit mandatum, ut negotia administraret, hac actione erit conveniendus nec recte negotiorum gestorum cum eo agetur; nec enim ideo est obligatus quod negotia gessit, verum idcirco quod mandatum susceperit (die Begründung ist nicht ganz zutreffend; es läßt sich nur sagen, daß die Gestio nicht der einzige und nicht der principale Grund der Haftung ist).

3) Vgl. hierüber meine Pfandrechtl. Forschungen S. 216. Aus demselben Grunde tritt die actio emti, nicht die actio neg. gest. directa ein, wenn der Verkäufer vor der Uebergabe ex operis servorum vel vecturis jumentorum vel navium etwas erworben hat (fr. 13 § 13 de act. emt. vend.); ebenso umgekehrt die actio venditi wegen der Impensen (fr. 13 § 22 eod.). Vgl. auch Mommsen, Mora S. 297.

4) Vgl. auch Binding, Handb. d. Strafrechts I S. 333 f.

si quis mandatu heredis funeravit, non posse eum funeraria agere Labeo scribit, quia habet mandati actionem, fr. 14 § 15 de relig. [1]).

Es kann nun aber eine Zweiung eintreten: wenn nämlich das Interesse, auf welches die Hülfeleistung abzielt, in der Wahrheit nicht ein Interesse des Mandanten, sondern eines Dritten ist, wenn nämlich das Interesse nur vermeintlich für den Mandanten, in der That aber für einen Dritten befriedigt wird. Wie bereits oben bemerkt, findet die actio neg. gest. gegen den Träger des Interesses statt, ohne Rücksicht auf den Irrthum in der Person desselben, also auch dann, wenn man eine ganz andere Person, als den wahren Dominus im Auge hat. Wenn daher der Gestor das Mandat des A erfüllt und dabei für das Interesse des A wirken will, während in der That der B der Träger des Interesses ist, so findet hier naturgemäß neben dem Mandats- ein Negotiorumgestionsverhältniß statt: hier aber wird das letztere Verhältniß durch das erstere nicht absorbirt, es kann nicht absorbirt werden, weil das Mandatsverhältniß gegenüber dem A, das Gestionsverhältniß gegenüber dem B obwaltet, weil mithin keines der beiden Verhältnisse das andere zu decken vermag. So wenigstens, was die actio contraria betrifft: was die actio directa betrifft, so geht allerdings im Widerstreit zwischen der actio mandati des Einen und der actio neg. gest. des Anderen gewöhnlich die erstere vor, und zwar deßhalb, weil die Geschäftsführung mit Rücksicht auf das Mandat und da-

1) Darauf beruht auch die Entscheidung Labeo's in fr. 14 § 12 de relig., überhaupt die ganze Subsidiarität der actio funeraria, welche durchaus nicht in einer Eigenart dieser bestimmten Klagspecies begründet ist. Ganz verkehrt in dieser Beziehung Schneider, subsid. Klagen S. 503 f., welcher meint, der Grund der Subsidiarität liege in dem außerordentlichen Leichenkostenaufwand begründet und in der Gefahr, daß durch die Kostenersatzforderung der Nachlaß überschuldet worden wäre.

her nach den Vorschriften und den besonderen Bestimmungen des Mandats übernommen worden ist. Hiervon ist S. 215 f. weiter zu handeln. Ohne Zweifel aber ist es, daß sowohl eine actio mandati contraria gegen den A, als auch eine actio neg. gest. contraria gegen den B zuzulassen ist. Man vergleiche den Fall des Modestinus in fr. 25 de neg. gest. [1]); man vergl. auch schon Labeo, ja Ofilius und Trebaz, fr. 22 § 10 mand. [2]). Dies zeigt uns der erstbeliebige Fall: A läßt den Glaser holen, um ein Gewächshaus zu repariren, das er für das seinige hält, während es dem B gehört: der Glaser hat die actio (zwar nicht ex mandato, aber ex locato-conducto) gegen den A und die actio neg. gest. gegen den B. Ein analoger Fall ist denn auch ausdrücklich behandelt in — Purgoldt's Rechtsbuch II 41 [3]) (Ortloff Sammlung deutscher Rechtsquellen II S. 66): Wer aber den zymmerluten, den deckern, den erbeytinden luten und den andern wergluten er lon unbezalit, das muste der bezalin, der das hues uf seiner hofstadt beheildet; anders darf her keynerley me geilden, dan unbezalet lon von der erbeyt, die darzu gescheen ist. Der malae fidei possessor soll keinen Kostenersatz haben, aber der Eigenthümer kann in Anspruch genommen werden, soweit der Lohn noch unbezahlt ist — actione negotiorum gestorum! Vergl. über

1) Vgl. zu dieser Stelle Zimmermann, ächte und unächte neg. gest. S. 39. f., wo auch die Pointe der Entscheidung des Modestin richtig hervorgehoben wird: die Theilung der Verwaltung durch die actores enthielt höchstens eine Verletzung des Mandats-, aber keine Verletzung des Gestionsverhältnisses; nur das letztere war aber in Frage.

2) Wenn Paulus beifügt: atquin si praesentium mandatum executus id egit, negotiorum gestorum actio absentibus non est nisi forte adversus eos qui mandaverunt curatori — so ist damit der obige Satz ausgesprochen, daß die actio mandati prävalirt.

3) Vgl. dazu auch Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts S. 80.

einen ähnlichen Fall auch die Entscheidung des Badischen Oberhofgerichts, Seuffert Arch. VIII 258, wo ausgeführt ist: es „gestattet schon das römische Recht in einem solchen Falle, und zwar ungeachtet des Irrthums über die Person des Eigenthümers, beziehungsweise Geschäftsherrn, neben der Vertragsklage gegen den Besteller die Geschäftsführungsklage gegen den wirklichen Eigenthümer, sofern die übrigen Voraussetzungen einer nützlichen Geschäftsführung vorhanden sind.“

Die Wichtigkeit des gedachten Satzes erweist sich insbesondere auch in dem Falle, wenn das Mandat aus irgend einem Grunde nichtig oder wirkungslos ist; oder wenn gar der Hülfebringer in der irrigen Meinung eines Auftrages handelt [1]): auch hier kann das oben angeführte Absorptionsverhältniß nicht eintreten: da das Mandatsverhältniß cessirt, so bleibt das Gestionsverhältniß in voller Kraft. So also, wenn ich das Geschäft des A führe in der Meinung, von ihm beauftragt zu sein: nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione .... si pro te fidejussero, dum puto mihi a te mandatum esse, fr. 5 pr. de neg. gest. So auch, wenn ich in der Meinung, von A beauftragt zu sein, das Geschäft führe, welches ich für das des A halte, welches aber in der That das Geschäft des B ist. Hier findet ein Mandatsverhältniß zu A nicht statt — um so ungehinderter kann sich das Gestionsverhältniß zu B entwickeln. Nehmen wir das vorige Beispiel des Glasers und setzen wir den Fall: der Glaser wurde gar nicht von A beauftragt, sondern er glaubte nur (etwa auf das Gerede eines Lehrburschen hin), einen solchen Auftrag zu haben: hier fällt natürlich die

1) Vgl. auch Dalloz, Répert. v. Obligations nr. 5407 und die daselbst citirten. Das Sächsische Gesetzbuch § 1339 sagt: „Es macht keinen Unterschied, ob der Geschäftsführer weiß, daß er nicht beauftragt ist, oder ob er irrig glaubt, daß er Auftrag habe“.

actio ex locato conducto weg, um so mehr findet die actio neg. gest. gegen den B ihre Stelle.

Seither sind wir von der Voraussetzung ausgegangen, daß es sich um ein und dasselbe objective Interesse handelt, auf welches Mandat und Gestion hinzielen. Da nun aber möglicherweise dieselbe Thätigkeit in das eine und andere objective Interesse einschlägt, so ist der Fall nicht ausgeschlossen, daß der Auftragsvertrag das Interesse x, die Gestion aber das Interesse y betrifft, daß also nicht etwa bloß die Personen, welche das Interesse tragen, verschieden sind, sondern daß zwei ganz verschiedene objective Interessen als die Zielpunkte von Mandat und negotiorum gestio vorliegen. Schon vorhin (S. 74) wurde die Möglichkeit angedeutet, daß die Intention des Gestor auf beide von einander verschiedene objective Interessen gerichtet ist, so daß in derselben Thätigkeit eigentlich zwei Gestionen enthalten sind — gerade wie in der Sphäre des Criminalrechts bei der Ideal-Concurrenz. So ist es nun auch sehr wohl möglich, daß der Gestor sowohl das Mandat ausführen d. h. das Interesse des Mandanten befriedigen, als auch das davon verschiedene objective dritte Interesse erfüllen will; es ist dies ebensogut möglich, als es möglich ist, in einer und derselben Thätigkeit zwei Mandate zu vollziehen, fr. 21 mand.: si duo mihi mandassent, ut tibi crederem, utrumque haberem obligatum; fr. 53 mand.: utrosque obligatos habet jure mandati. Beispiele eines solchen idealen Zusammenwirkens, eines solchen intentionellen Zusammenhanges einer doppelwirkenden Thätigkeit — eines Zusammenhanges, kraft dessen die Doppelwirkung der Thätigkeit keine zufällige naturale, sondern eine beabsichtigte geistige ist, — solche Beispiele bietet das Leben in Fülle [1]). Ich bemerke dabei für das Folgende,

1) Vgl. auch Spruchkollegium Rostock 26./10. 1840 Seuffert Arch. XIX 41.

daß ich das Wort Auftrag oder Mandat im weiteren Sinne nehme, so daß dasselbe den Arbeitsvertrag überhaupt umfaßt.

Ein Hotelier ruft den Arzt, um den ohnmächtigen Reisenden X zu pflegen: der Arzt entspricht dem Ruf und behandelt den Reisenden, er behandelt ihn im Interesse des Hoteliers, er behandelt ihn im Interesse des Reisenden selbst [1]). A hat das verirrte Kind des B. aufgenommen; er hört, daß X zufällig in den Heimathsort des Kindes geht, und giebt ihm das Kind mit: X handelt im Auftrag des A, er handelt im Interesse des Kindes bezw. des B. selbst. Im Hause meines zur Zeit in Nizza weilenden Nachbarn ist eine Fensterscheibe zerbrochen, der eindringende Schnee droht Rouleaux und Parket zu verwüsten; ich sende nach dem mir wohlbekannten Haushandwerker des Nachbarn, welcher das Haus, sogut es von außen möglich ist, gegen die Unbilden des Wetters schützt. Mein Pathenkind hat sich verirrt; ich biete alles auf — Bekannte und Verwandte seines abwesenden Vaters, ein ganzes Dorf rege ich zu seiner Ermittelung auf; man findet das Kind ohnmächtig in einem Abgrunde. Der Architect stellt Arbeiter

1) Ein früher sehr praktischer Fall war der der militärischen Stellvertretung, des remplacement militaire. Hat der Stellvertreter, welcher seine Remplacirungssumme noch nicht erhalten hat, bloß die Vertragsaction gegen die Eltern, welche den Vertrag abgeschlossen haben, oder auch eine actio neg. gest. gegen den Remplacirten? Die Frage ist zu bejahen, sofern der Remplacirungsvertrag sich als eine (den Verhältnissen entsprechende) gestio utilis darstellt; vgl. die Entsch. des Appelh. Paris 7./2. 1814 und des Appelh. Amiens 11./7. 1840 bei Dalloz, Rép. v. Obligat. nr. 5460. Eine andere Frage war die, ob der Remplacirungsvertrag und die entsprechende Zahlung durch die Eltern eine negot. gestio der Eltern gegenüber dem Sohne (oder doch eine conferirbare Schenkung) enthalte. Bejaht wurde dies vom OAG. Celle 28./5. 1838 Seuffert Arch. XII 29; verneint v. Oberhofgericht Mannheim 23./10. 1829 und OAG. München 11./11. 1845 Seuffert I 357. Es kam auf die Umstände an: die Remplacirung geschah oft im Interesse der Eltern selbst, welche die Arbeit des Sohnes im Geschäft nicht entbehren wollten. Vgl. auch OAG. Kassel 23./12. 1843, Seuffert Arch. III 313.

an; dieselben arbeiten: sie arbeiten im Lohne des Architecten, aber zugleich im Interesse des Bauherrn. Der letztere Fall bedarf noch seiner besonderen Entwickelung. Hat der Architekt den Bau auf seine Kosten übernommen, so hat er zugleich das Interesse des Dominus auf sich genommen: das Interesse des Dominus an der Herstellung des Baues steht nicht mehr auf Kosten und Risico des Dominus, sondern auf Kosten und Risico des Accordanten. Daher ist die actio neg. gest. gegen den Dominus ausgeschlossen; sie ist wenigstens ausgeschlossen, sofern der Dominus den Accordanten vollständig befriedigt hat. Sofern er ihn noch nicht befriedigt hat, bleibt ein Interesse des Dominus in Bezug auf die Restsumme übrig: bezüglich der Restsumme ist er an der Bauarbeit betheiligt, er ist betheiligt, sofern der Bau die betreffende Summe aus seinem Vermögen erfordert: bis zu diesem Betrag ist die actio negot. gestorum statthaft; soweit er den Arbeitern diesen Betrag bezahlt, befreit er sich zugleich gegenüber dem Accordanten. Dieses hat die Wirkung, daß die Arbeiter durch Erhebung der actio neg. gest. den Dominus verhindern, an den Accordanten zu bezahlen: sie hindern ihn, indem sie ihn bis zu diesem Betrag für sich haftbar machen, so daß ihn eine spätere Zahlung an den Accordanten von dieser Haftung nicht zu lösen vermag; daher wirkt die actio neg. gest. gleich einem Arrest, sie wirkt so, ohne selbst Arrest zu sein; sie wirkt auch gleich einem Privilegium, ohne selbst ein Privilegium zu enthalten: denn der Dominus hat jetzt an die Arbeiter zu bezahlen, auch wenn die Accordsumme etwa von den Gläubigern des Accordanten mit Beschlag belegt wäre, auch wenn der Accordant in Concurs fiele: ein höchst gerechtes Resultat; denn wäre es als zulässig zu betrachten, wenn die Handwerker, deren Arbeitsresultat zugleich in der Accordsumme mitbezahlt wird, von anderen Gläubigern des Accordanten weggedrängt wür-

den? Wäre es als zulässig zu betrachten, wenn andere Gläubiger an der Summe theilnähmen, welche kraft der Arbeit dieser Handwerker verdient worden ist?

In vortrefflicher Weise hat denn auch das französische Civilgesetzbuch diesen Sätzen entsprochen, indem es in a. 1798 bestimmt hat[1]: Les maçons, charpentiers et autres ouvriers, qui ont été employés à la construction d'un bâtiment ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre celui, pour lequel les ouvrages ont été faits, que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur action est intentée. Und treffend erklärt Troplong, Louage III Nr. 1049: quel est le principe de cette action? Ne serait-ce pas que les ouvriers ont fait l'affaire du propriétaire, qu'ils ont amélioré sa chose, qu'ils l'ont rendu locupletior et que dès lors une action directe provenant du quasi-contrat negotiorum gestorum doit se superposer à l'action ordinaire qu'ils ont contre l'entrepreneur en vertu du contrat?

In den hier gedachten Fällen concurrirt also Mandat (bezw. Arbeitsvertrag) und negot. gestio; die Intention des Handelnden ergreift die beiderseitigen objectiv verschiedenen Interessen: ich beauftrage Jemanden zum Vollzug einer Thätigkeit, welche mein Interesse betrifft — wie in dem Falle des Hoteliers: diese Thätigkeit umfaßt zugleich ein davon wesentlich verschiedenes Interesse eines Dritten, das Interesse des erkrankten Reisenden; der Arzt führt daher meum (des Hoteliers) negotium, quod mihi tecum (mit dem Reisenden)

---

1) Da hier von keiner Arrestanlage und von keinem Forderungsprivileg die Rede ist, so wird der Artikel durch die Reichsjustizgesetze nicht berührt. Vgl. auch Scherer, das Rheinische Recht und die Reichsgesetzgebung, Gesetzesregister ad Art. 1798.

est commune; die Entscheidung Labeo's in diesem Falle geht sehr richtig dahin: si et tuum gessit sciens, negotiorum gestorum eum tibi teneri; so fr. 5 § 6 de neg. gest. Besonders eifrig scheint sich Marcell dieses Falles angenommen zu haben, und gerade die Bürgschaft wird hier sehr lehrreiche Fälle liefern, vgl. fr. 3 § 11 de neg. gest. — wie, wenn Jemand den Bürgen beauftragt, welcher in der Bürgschaft zugleich für den Hauptschuldner sorgen will? Und besonders interessant war der Fall, wenn der Mandant der eigene Sclave des Zweitinteressenten ist; hier hat der Gestor gegen den dominus die actio neg. gest., soweit er sein Geschäft geführt; insofern und insoweit er aber den Auftrag des Sclaven erfüllt, hat er gegen den dominus die actio mandati — natürlich de peculio und de in rem verso; fr. 41 de neg. gest. Ganz besonders gelegen kam den Römern die actio neg. gest., wenn der Vormund mit einem Dritten Geschäfte abgeschlossen hatte. Gegen den Vormund hatte der Gestor den Vertragsanspruch; aber man wollte so viel als möglich den Tutor entlasten und die Verpflichtungen direct auf den Mündel fallen lassen — da kam die Kategorie der neg. gestio wie gerufen; vgl. c. 4 de neg. gest.

Diese actio neg. gest. gilt natürlich dann in gesteigertem Maße, wenn der Gestor geradezu das Mandatsverhältniß ablehnt, um sich lediglich dem Interesse des Dritten zu widmen; z. B. der Arzt erklärt dem Hotelier, daß er mit ihm nichts zu thun haben will, aber den fremden Patienten verpflegen werde; der Lieferant erklärt dem Architecten, welcher die Baumaterialien bestellt hat, daß er nicht auf seine Bestellung, sondern im Interesse des Bauherrn die Materialien abliefere; der Darlehensgeber erklärt, die Gelder nur im Interesse des dominus, zu dessen Zwecken das Darlehn aufgenommen wird, geben zu wollen: der Contrahent will hier in der That nicht

contrahiren, sondern er will geriren, er will geriren im Interesse des Dominus. Auf einen solchen Fall verweist c. 13 si certum petatur: Eum qui mutuam sumpsit pecuniam, licet in res alienas, creditore non contemplatione domini rerum eam fenori dante, principaliter obligatum obnoxium remanere oportet[1]); und von einem solchen Falle spricht ausdrücklich das berühmte fr. 5. § 3 de neg. gest. — hier gibt A dem Procurator Geld darlehensweise, aber er gibt es ihm nicht als Darlehen des Procurators, sondern als Darleben des Dominus, d. h. er gibt es ihm so, daß die Rückzahlung nicht vom Procurator, sondern vom Dominus erfolgen soll[2]). Hier will A kein Darlehen mit dem Procurator, sondern er will ein Geschäft mit Darlehenserfolg für den Dominus[3]); daher keine condictio ex mutuo gegen den Procurator, gegen den Dominus aber die actio neg. gest. Diese freie Behandlung der Sache wurde erst möglich, seitdem Papinian das Gestionsrecht des dritten Con-

1) Vgl. über diese Stelle Ruhstrat, Neg. gestio des dritten Contrahenten (aus dem Magazin f. d. d. R. der Gegenwart III 1) S. 20 f. und die dort cit. Vgl. dort auch S. 22 f. über die c. 7 § 1 quod cum eo, welche Stelle uns später noch beschäftigen wird.

2) Vgl. auch Cujac. ad l. II Respons. Papin. (Ed. Mutin. IV p. 805 f. 807); Zimmermann, stellvertretende Negot. Gestio S. 318 f.), Huschke, Lehre des röm. Rechts vom Darlehen S. 55 f. Vgl. auch schon aus der Glossatorenzeit den Codex Chisianus § 101, Haenel, Dissensiones Dominorum p. 197 f.

3) Im Gegensatz dazu steht der Fall, wenn man dem Procurator ein Darlehen geben will mit Hinblick auf die Interessen des Dominus; hier ist der Darlehensanspruch gegen den Procurator und die actio neg. gest. (bezw. quasi institoria) gegen den Dominus gegeben. Von diesem Falle spricht fr. 30 pr. de neg. gest. Vgl. auch Zimmermann a. a. O. S. 317 f. Im Gegensatz steht ferner der Fall, wenn man Jemandem ein Darlehen geben will ex mandato tertii; hier geht die Darlehensklage gegen den Darlehensnehmer und der Mandator ist bloßer Bürge; von diesem Falle spricht c. 7 mand. und verschiedene andere Stellen.

trahenten entwickelt hatte [1]), wie denn auch die Stelle von Ulpian, nicht von Julian herrührt [2]).

Hat doch auch Papinian einen ähnlichen Fall behandelt in fr. 5 § 1 quando ex facto tutoris. Der Pupill ist von Erbschaftshalber mit einem Judicat belastet. Der Tutor nimmt ein Darlehen auf und bezahlt das Judicat: der Tutor haftet natürlich aus dem Darlehen und kann die Haftung auch nicht nach Ablauf der Tutel ablehnen — es müßte denn sein, daß der creditor ideo contraxit, ut in causam judicati pecunia transiret d. h. daß der Creditor das Geld gab, auf daß es das gleiche Schuldverhältniß erzeugte, wie solches bei dem Judicat bestand, auf daß also lediglich der Pupill obligirt würde. Die Obligation des Pupillen in diesem Falle wäre eine Obligation kraft negotiorum gestio.

§ 7.

Eine solche Gestion zu Gunsten des Drittinteresses, also zu Gunsten eines von dem Mandatsinteresse verschiedenen Interesses, liegt aber nur dann vor, wenn die Intention des „Thäters" auf dieses Drittinteresse mit gerichtet ist; wenn nicht, so entbehrt er der negot. gestorum actio und ist auf die actio mandati oder sonstige Contractsaction verwiesen. Dies gilt insbesondere von demjenigen, welcher mit einem Commissionär contrahirt. Wer sich mit einem Commissionshause

1) Vgl. darüber unten S. 126 f.

2) Auch die Stipulation des Procurators — man muß hier an das übliche Stipulationsformular beim Darlehen denken, wird vereitelt durch exceptio doli, sofern die Geltendmachung der Stipulation der materiellen Sachlage widersprechen würde; ähnlich wie in fr. 1 § 2 de stip. serv. Jedenfalls wird durch diese Stipulation die actio neg. gest. nicht aufgehoben; vgl. fr. 20 § 1 de in rem verso: si .... quo magis actus servorum confirmaretur, tutor spopondit, posse nihilominus dici de in rem verso cum pupillo actionem fore.

einläßt, folgt dem Credit dieses Commissionshauses [1]); das Commissionshaus ist es, welches den neuen Artikel im Lande einführt, oder die Landesproducte für vielleicht ganz unbekannte Märkte aufkauft. Nicht der Credit des Mandanten, sondern der eigene Credit ist es, welcher im Commissionsverkehr zu Tage tritt; und die Möglichkeit, als Selbstcontrahent einzutreten, gibt dem Commissionär noch mehr die Stellung eines eigeninteressirten Zwischenhändlers.

Ebenso aber auch in anderen Fällen. Wenn Jemand eine Schuld bezahlt im Auftrage seines Geschäftsfreundes, welche Schuld einen alten Landsmann des Auftraggebers betrifft — oder wenn Jemand für eine solche ihm ganz unbekannte Persönlichkeit im Auftrage seines Geschäftsfreundes sich verbürgt: hier kümmert sich der „Thäter" um den Dritten gar nicht weiter, er weiß vielleicht gar nicht, welch' wichtige Interessen des Dritten dabei auf dem Spiele stehen — er zahlt oder bürgt mandatum secutus. Das sind Fälle, wie sie Papinian in fr. 53 mand. schildert [2]); er schildert sie, denn bei Papinian ist jedes Wort bedeutsam: si pro invito vel ignorante alterutrius mandatum secutus fidejussit, eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi: Der Bürge will den Mandanten befriedigen, während ihn der Hauptschuldner nichts angeht: der Mandatar des reichen Crassus verbürgt sich für einen Bettler, er verbürgt sich für seinen Feind, — er ver-

1) Daher auch nicht die actio quasi institoria gegen den Committenten; ein solches Herbeiziehen des Committenten wäre dem Charakter des Commissionsgeschäftes zuwider. Mit Recht daher a. 360 des deutschen Handelsgesetzbuchs. Vgl. dazu besonders Grünhut, Recht des Commissionshandels S. 325 f.

2) Aus dem 9. Buche der Quästionen. Vgl. auch das bereits oben S. 72 f. besprochene fr. 8 de usufr. ear. rer. (gleichfalls von Papinian).

bürgt sich, weil ihm die Geldsäcke und die Mahlzeiten des Crassus imponiren [1]).

Diese Bürgschaft ist also keine negot. gestio zu Gunsten des Hauptschuldners; ob aber nichts destoweniger nach heutigem Rechte aus der Zahlung des Bürgen ein Regreßanspruch hervorgeht, ist eine andere Frage, welche unten (S. 118 f.) zu besprechen ist [2]).

Solche Fälle, wo die Handlung lediglich im Interesse des Mandanten erfolgt, liegen natürlich insbesondere dann vor, wenn der Mandatar das Drittinteresse gar nicht kennt, oder wenn es mit seinen Plänen ganz im Widerspruch steht. Man denke sich den Fall, daß der herbeigerufene Arzt den Patienten für den Sohn des Hoteliers hält: hier geht seine Thätigkeit in dem Interesse des Hoteliers auf; oder daß der Glaser im Auftrag des Dienstboten eine Scheibe reparirt, damit die Herrschaft von dem Malheur desselben nichts erfährt; oder daß der bestellte Taucher mit der gesuchten Sache zufällig noch eine zweite verlorene Sache ans Tageslicht bringt, eine Sache, an deren Rettung der Taucher gar keine besondere Freude hat, eine Sache, die vielleicht an ihm zur Verrätherin wird u. s. w. In allen diesen Fällen geht die Gestion nur auf dasjenige Interesse, auf welches das Mandat geht — die Wirkung bezüglich des Drittinteresses ist dem Gestor gegenüber

1) Verkannt wird die Stelle von Cujac. in lib. IX Quaest. Papin. (Ed. Mutin. IV p. 189) und von Thibaut, Civ. Abhandl. S. 472 f., welche annehmen, daß mit den Worten: eum solum convenire potest qui mandavit, non etiam reum promittendi, nur die act. mandati gegen den Hauptschuldner, nicht auch die act. neg. gest. abgesprochen wäre — eine Annahme, welche schon durch die folgenden Worte der Stelle widerlegt wird, und welche nur aufgestellt wurde, um den vermeintlichen Widerspruch mit anderen Stellen zu heben. Uebrigens ist allerdings Cujac. hier insofern im Recht, als er die act. neg. gest. nur eventuell geben will, wenn die actio gegen den Mandanten cessirt.

2) Vgl. auch schon oben S. 72 f. zu fr. 8 de usufr. ear. rer.

ein reiner Zufall, sie ist eine bloße Superfötation, ein Superplus, herbeigeführt durch die Constellation der Verhältnisse.

Hier nun aber kann die bereits oben angedeutete Complication hervortreten, und jetzt ist es Zeit, sie zu lösen. Nehmen wir an: das Interesse, für welches der Gestor allein arbeiten will, ist gar kein wirkliches, sondern ein bloß vermeintliches; das Mandat, auf Grund dessen er handelt, ist ein bloß putatives, oder das Mandat besteht, aber es wird nicht ausgeführt: an Stelle der Mandatsthätigkeit vollzieht der Arbeiter auf Grund irgend welchen Mißverständnisses, irgend einer Abirrung eine andere. Man denke sich nur den Fall, daß der Glaser bezüglich der „Dienstbotenscheibe" sich geirrt und eine andere Scheibe reparirt hat, welche von dem Hausherrn selbst zertrümmert worden ist; oder daß der Taucher statt der gesuchten Sache aus Versehen eine andere zum Vorschein bringt; oder daß der Ingenieur die bestellten Dammbauten an einem ganz andern Ort anbringt, durch welchen glücklichen Zufall bei der nächsten Hochfluth ein ganz anderes Grundstück gerettet wird; oder daß der Arzt auf Grund eines vermeintlichen Auftrages handelt, eines Auftrags des vermeintlichen Hausherrn, während es sich um ein ganz fremdes Kind handelt. Hier gilt nun, was oben (S. 75) betont wurde: hier muß die Rechtsordnung nothgedrungen auf die Coincidenz zwischen Intention und Ausführung verzichten; in diesem Fall ist die actio neg. gest., und zwar die volle actio neg. gest. gegen denjenigen begründet, dessen Interesse in Wahrheit gefördert worden ist; eher wird die Coincidenz zwischen That und Wille bei Seite gesetzt, als daß der Gestor ohne ausreichende Hülfe bliebe. Dies ergibt sich insbesondere aus den Grundsätzen der actio funeraria. Wer im Auftrag eines Dritten die Beerdigung vollzogen hat, der hat keine actio funeraria gegen den Erben [1]);

1) Man kann nicht etwa sagen, daß hier ein und dasselbe Beerdigungs-

wie aber, wenn das Mandat kraftlos ist? Wie, wenn pupillus mandavit sine tutore auctore? — utilem funerariam dandam adversus heredem ei qui impendit; lucrari enim heredem iniquum est [1]). Noch drastischer ergibt sich dies aus der geradezu klassischen Papinianusentscheidung (lib. 9 quaest.) in fr. 6 und 7 ad SC. Vellej. [2]). Für den defensor des abwesenden Sohnes sind fidejussores aufgetreten; sie sind aufgetreten, nicht im Interesse des defensor, auch nicht des filius, sondern mandato matris. Nach bekannten Grundsätzen wird das Mandat durch die except. SC. Vellej. gekreuzt; nun haben allerdings auch die Bürgen diese exceptio: sie haben sie aber nicht, wenn der Gläubiger von dem Mandate der Mutter nichts wußte, mindestens wird hier dieselbe durch eine replica doli entkräftet [3]). Hier nun sind die Bürgen in einer schwierigen Lage: dem Gläubiger gegenüber haften sie und gegen die Mutter haben sie keinen wirksamen Regreß: die Mutter hält ihnen die exceptio SC. Vell. entgegen, und dieser können sie nicht ausweichen, denn sie wußten, daß es ein Weib war, welches sie mit der Bürgschaft beauftragte, sie kannten den Mangel, welcher eintritt, sobald das genus femininum in

interesse vorliege und lediglich die Person des Beerdigungspflichtigen verschieden sei, daß hier also eine bloße subjective Personen-, keine objective Interessendiscrepanz vorliege: das Beerdigungsinteresse des natürlichen Sohnes, welcher nichts von der Erbschaft erhält, aber seinen Vater über alles liebt, ist ein objectiv anderes, als das Interesse des fremden Erben; von einer concurrirenden actio funeraria könnte daher nur die Rede sein, wenn der Gestor das Sachverhältniß gekannt und zugleich für den Erben hätte handeln wollen.

1) Aus dieser Motivirung (fr. 14 § 15 de relig.) darf nicht geschlossen werden, daß diese actio auf das Bereicherungsinteresse beschränkt sei.

2) Vgl. dazu Cujac. in lib. IX Quaest. Papin. (Ed. Mutin. IV p. 187 f.).

3) Vgl. fr. 32 § 3 ad SC. Vellej.: si vero is (sc. creditor) ignorasset, ego autem scissem, tunc mandati me agentem cum muliere excludendum esse, me autem creditori teneri.

die Bürgschaft hineinspielt. Sie wären daher rettungslos verloren: sie müßten zahlen ohne Wiedererstattung [1]). Sollte ihnen nicht trotzdem durch actio negot. gestorum gegen den defensor geholfen werden? Unsere Frage steht hier auf der Schneide; denn certo certius haben sie nicht die Interessen des defensor, sondern nur das Interesse der Mutter verfolgt, sie haben nur mit Rücksicht auf das Mandat der Mutter gehandelt: contemplatione mandati matris, das Schicksal des defensor kümmerte sie nicht; darum würde ihnen ja auch die exceptio SC. ex persona matris zu Gute kommen [2]), wenn dieselbe nicht ausnahmsweise, im individuellen Falle, durch replica doli entkräftet wäre. Hier ist also völlig der Fall gegeben, an dem sich unser Satz erproben muß: die Thätigkeit ist nach der einen Seite hin erfolgt, hier mißglückt sie; sie wirkt aber nach einer anderen Seite hin, nach welcher sie nicht beabsichtigt war. Und Papinian entscheidet: non erit iniquum dari negotiorum gestorum actionem in defensorem, quia mandati causa per senatus consultum constituitur irrita et pecunia fidejussoris liberatur.

Der Satz Ulpians: si, cum putavi a te mihi mandatum, negotia gessi, et hic nascitur negotiorum gestorum actio cessante mandati actione (fr. 5 pr. de neg. gest.) ist daher im weitesten Sinne aufzufassen; er gilt auch von dem Falle, wo ich auf Grund eines vermeintlichen Mandates ein ganz anderes Geschäft führe, als dasjenige, welches ich mir aufgetragen wähne; wo ich glaube, daß der Auftrag

1) Vgl. das cit. fr. 32 § 3 ad S.C. Vellej.

2) Vgl. fr. 30 § 1 ad SC. Vellej.: Procurator si mandatu mulieris pro alio intercesserit, exceptione SC. Vellejani adjuvatur, ne alias actio intercidat; fr. 32 § 3 eod. Vgl. auch noch fr. 8 § 4 und 6 eod., c. 15 eod.

auf das Interesse x gerichtet ist, während meine Ausführung das Interesse y befriedigt. Der Glaser, welcher im vermeintlichen Auftrage des A eine Scheibe reparirt, hat nicht nur eine actio negot. gest., wenn er die Scheibe am Gewächshaus des B reparirt, welches er für das Gewächshaus des A hielt und auf welches der vermeintliche Auftrag ging; er hat eine solche auch, wenn er die Scheibe am Wintergarten des A repariren will und in Folge unrichtiger Information die Scheibe am Landhause des B reparirt.

Nunmehr können wir von dem Auftragsverhältnisse ganz abstrahiren. Was gilt, wenn ich ein Auftragsverhältniß bloß vermeine, und was gilt, wenn ich aus Mißverständniß etwas Anderes ausführe, als mir aufgegeben wurde, das muß auch gelten, wenn von einem Auftrage gar keine Rede ist. Irre ich bei der negot. gestio — nicht bloß bezüglich der Person, sondern bezüglich des objectiven Interesses, so ist eine negot. gestio eigentlich ausgeschlossen; es wird mir aber im Nothfalle eine actio neg. gest. gegeben, sie wird mir gegeben nach den eben entwickelten Grundsätzen. Das Princip der Correlation von Wille und That bei der negot. gestio läßt sich daher in folgende einfache Sätze zusammendrängen:

Intention und Ausführung müssen in der Regel zusammentreffen in Bezug auf das objective Interesse, welches die Thätigkeit befriedigen soll; dagegen ist der Irrthum über die Person des Trägers des Interesses ohne Erheblichkeit: sobald die Thätigkeit auf dieses Interesse hinsteuert, tritt das Gestionsverhältniß ein gegenüber dem wirklichen Interesseträger. Diese Grundsätze gelten auch im Fall eines Mandates, indem das Mandat die Negot. Gestio nur insofern absorbirt, als die letztere in ihm vollkommen aufgeht. Uebrigens ist es möglich, daß die Thätigkeit auf die Befriedigung mehrerer objectiv ver-

schiedener Interessen abzielt und so nach verschiedenen Seiten hin rechtlich bindend wirkt.

Treffen aber Intention und Ausführung in Bezug auf das objective Interesse nicht zusammen, so liegt in thesi ein Gestionsverhältniß mit dem Träger dieses Interesses nicht vor; es wird nur ausnahmsweise eine actio negot. gestorum gegeben, wenn die Verhältnisse so liegen, daß dem Gestor sonst weder aus dem Mandat noch aus der Negot. Gestio ein Regreß zustehen würde.

Der Kern des Princips liegt in der Betonung des Unterschieds zweier Dinge, welche gewöhnlich nicht gehörig geschieden werden: des Unterschiedes zwischen dem Falle, wo zwei verschiedene objective Interessen vorliegen, und dem Falle, wo es sich um ein und dasselbe objective Interesse handelt und nur über den Träger dieses Interesses Differenzen bestehen. Es ist ein Unterschied, wie er auch im Strafrecht wiederkehrt. Auch im Strafrecht ist es maßgebend, auf welches Interesse der verletzende Wille gerichtet ist; dagegen ist es meist unerheblich, welche Person die Trägerin dieses Interesses ist, da die eine Person den Schutz des Rechts ebenso genießt, wie die andere, mithin die Persönlichkeit, auf deren Interesse der Thäter abzielt, für den Thatbestand des Delicts meist bedeutungslos ist.

§ 8.

Die Negot. Gestio setzt eine Menschenhülfe voraus; sie ist daher nur dann gegeben, wenn Jemand für einen Anderen thätig gewesen ist [1]); es kommt dabei nicht in Anschlag, für wen Jemand thätig war; aber es kommt in Anschlag, daß er für einen Dritten thätig war. Wer in seinem eigenen Interesse gehandelt hat, der hat lediglich dem gewöhnlichen mensch-

1) Man vergleiche zum Folgenden auch Kämmerer in Lindes Zeitschrift VIII S. 136 f., 341 f.

lichen Egoismus gefröhnt; diesen über sein eigenes Maß zu erheben, hat die Rechtsordnung keine Veranlassung: der menschliche Egoismus hat seinen Lohn, er hat seine Correctur in sich selbst; die Rechtsordnung bedient sich seiner als eines wesentlichen Hülfsmittels kulturellen Fortschrittes, aber sie hat keine Veranlassung, seine verunglückten Thaten dadurch zu prämiiren, daß sie ihren Vermögensverlust auf unbetheiligte Dritte wälzt [1]). Wer daher für sich handeln will und dabei aus Versehen für einen Andern handelt, der steht nicht in der Schaar der Helfer für das Wohl Anderer, er steht nicht im Lichte derjenigen, welche sich der Verlassenen angenommen haben, so daß ihnen die sittlichen Mächte die Palme bieten; er steht demjenigen gleich, welcher irgend welche andere Speculation verfolgt hat, die sich günstig anzulassen schien, aber schließlich wie eine Seifenblase zerplatzte oder den erwarteten Goldregen nach anderer Seite hin lenkte. Darum ist es ein Grundprincip der Lehre, daß die Negot. Gestio ausgeschlossen ist, wenn ein Handeln im eigenen Interesse vorliegt [2]), und daß das römische Recht diesen Gesichtspunkt so richtig betont hat, gehört nicht zu seinen geringsten Verdiensten; es ist ein Beweis für die in ihm waltende sittliche Macht [3]).

Ganz besonders wird daher die act. neg. gest. contraria

1) Verkannt ist dies von Marcadé, Expl. du C. Nap. V p. 253 (ad a. 1375 III). Vgl. hiergegen Laurent, Principes XX nr. 324.

2) Vgl. auch noch fr. 7 § 4 de in rem verso: ego autem non puto de in rem verso esse actionem emptori, nisi hoc animo gesserit servus, ut in rem domini verteret (Ulpian).

3) Wie sehr hier die Philosophie eingewirkt hat, beweisen die Ausführungen von Seneca, de benef. VI 8: quidam nobis prosunt, dum nolunt, immo quia nolunt. Non tamen ideo illis beneficium debemus, quod perniciosa illorum consilia fortuna deflexit in melius. VI 9: Non est beneficium nisi quod a bona voluntate proficiscitur. Sodann namentlich VI 12 f., wo die Frage erörtert wird: si quis sua causa nobis profuit, eine debetur aliquid?

abgewiesen, wenn ich auf eine fremde Sache Aufwendungen gemacht habe, die ich für die meinige hielt — sollte der Fremde meine Luxuspassionen büßen? So daher die Entscheidungen in fr. 14 de doli m. exc., fr. 33 de cond. ind., fr. 14 § 1, fr. 29 pr. comm. divid. [1]). Mit anderen Worten: nur die auf Menschenhülfe gerichtete Thätigkeit ist (an sich) ein Rechtsgeschäft, nicht auch schon die egoistische Thätigkeit: dies ist das Ziel, dem die römischen Juristen, allerdings mehr tastend als sehend, zustreben; und auch die gewöhnliche Rechtsgeschäftslehre suchte ihren Rechtsfolgewillen mit dem animus negot. gerendi zu verquicken — doch darüber ist in der Fortsetzung meiner Rechtsgeschäftsstudien (in Grünhuts Zeitschr.) weiter zu handeln [2]). Daher führt die egoistische Thätigkeit keine Rechtsgeschäftsfolgen mit sich, sie kann nur diejenigen Folgen erzeugen, welche der bloße Naturalismus der Sachlage schon von selbst mit sich bringt — nämlich die Pflicht der Restitution der ungerechtfertigten Bereicherung [3]). Bezüglich dieser ist jedoch noch ein wesentlicher Punkt zu berühren.

---

1) Vgl. über diese und andere Stellen Witte, Bereicherungsklagen S. 2 f. Eine gezwungene Erklärung von fr. 33 gibt Cujac., in lib. XXXIX Dig. Salvii Juliani (Ed. Mutin. VI p. 265 f.). Richtig Donellus, de jure civili XV c. 16 nr. 8 (Ed. Florent. 1842) IV p. 151: satis omnem hanc actionem removet tam utilem quam directam, qui hos sumptus dicit servari non posse nisi per exceptionem.

2) Im Übrigen kann die Negot. Gestio sich durch das Mittel eines weiteren Rechtsgeschäfts vollziehen oder durch das Medium einer bloß faktischen Thätigkeit; z. B. ich reparire das Haus eines Andern — ich kaufe ein Haus, welches der Pfandgläubiger distrahirt, und ich kaufe es, um es dem debitor zu erhalten (fr. 52 § 1 de pact.). Darauf ist hier nicht näher einzugehen.

3) Das Sächsische Gesetzb. § 1342 bestimmt: „Besorgt Jemand in der Meinung, daß er seine eigenen Geschäfte führt, fremde Geschäfte, so erlangt derjenige, dessen Geschäfte besorgt werden, zwar die Rechte eines Geschäftsherrn, haftet aber demjenigen, welcher die Geschäfte besorgt hat, bloß soweit er bereichert ist".

Bekanntlich hat das römische Recht diesem Bereicherungsanspruch nicht immer freie Hand gegeben, es hat ihn in einem bestimmten Falle, nämlich gerade im Falle des Sachaufwandes an die Rechtsform der Retentionseinrede gebunden[1]), so daß der Anspruch nur unter bestimmten Umständen zu verwirklichen ist; Julian[2]) hat im 39. Buche seiner Digesten (unter Hadrian oder Anton. Pius), allerdings unter ganz unzutreffenden Gründen[3]), diese Entwickelung besiegelt[4]); eine Entwickelung, welche dem modernen Rechtsleben nicht mehr entspricht und über welche auch das römische Recht hinausdrängt[5]), noch

1) Vgl. schon Aristo in fr. 22 (21) ad SC. Trebell.: qui retentiones, quas solas habent, omittunt.

2) Allerdings sagt auch Pomponius in dem 14. Buche seines Sabinuswerkes, welches vor Julians Digestenwerk verfaßt zu sein scheint: eam impensam mulierem servaturam placet; nam si maritus vindicet insulam, retentionem impensae mulierem facturam, fr. 31 §. 2 de don. i. v. et ux.

3) Julian in fr. 33 de ind. cond.: wenn Jemand ein indebitum zahle, „hoc ipso aliquid negotii gerit", wenn man aber auf ein fremdes Grundstück baut und der Eigenthümer das Grundstück mit dem Bau in Besitz nimmt: nullum negotium contrahit; und das gelte selbst dann, wenn der bauende Inhaber das Grundstück dem Eigenthümer selbst zurückgebe, weil ja nur suam rem dominus habere incipiat. Dieses ganze überkluge Gebäude stürzt zusammen in Folge der einfachen Erwägung, daß die Bereicherungscondiction gar nicht auf Rechtsgeschäft, sondern auf ungerechtfertigte Bereicherung gebaut ist. Vgl. insbesondere fr. 32 de reb. cred. Die Jurisprudenz ist Julian gefolgt; so Gajus fr. 7 § 12 de adq. dom., so Papinian, fr. 48, fr. 65 pr. de rei vind.; so Paullus, fr. 45 § 1 de act. emti vend. Vgl. übrigens auch bereits Julian, lib. 8 Dig. in fr. 37 de rei vind, lib. 11 Dig. in fr. 28 pr. de pign. act., ferner fr. 54 § 4 de furt.

4) Vgl. Zimmermann, ächte und unächte Neg. Gestio S. 83 f.

5) Aus fr. 23 § 5 de rei vind. ergibt sich allerdings nicht das Gegentheil. Aber eine Anwendung des in fr. 5 § 5 de neg. gest. ausgesprochenen Grundsatzes führt zu der von Julian verpönten actio auf die Bereicherung. Vgl. auch c. 5 de rei vind. (repetitionem). Bezüglich des deutschen Rechts vgl. die Nachweise von Stobbe, Beiträge zur Geschichte des deutschen Rechts S. 60 f., 79 f. Bezüglich des französischen Rechts vgl. Beaumanoir, Cout. de Beauv. XX 3, XVI 9

mehr das deutsche und französische Recht), — doch enthält dieser römische Satz nichts destoweniger ein richtiges Princip, ein Princip, auf welches ich bereits anderwärts aufmerksam gemacht habe, ein Princip, welches auch heutzutage noch vollkommene Anerkennung verdient, wenn auch die römische Rechtsgestalt, in welcher es auftritt, nicht mehr brauchbar ist [1]). Demjenigen nämlich, welcher durch diese egoistische Thätigkeit eines Anderen bereichert worden ist, muß das gute Recht zustehen, auf die bereicherten Werthe zu verzichten, in welchem Falle auch der Bereicherungsanspruch cessirt; im römischen Recht geschah dies dadurch, daß er auf die Vindication verzichtete, in welchem Falle ihm auch die exceptio nichts anhaben konnte; im heutigen Rechte geschieht es dadurch, daß er auf die Bereicherungsklage hin die bereicherten Werthe dem Kläger heimschlägt: dies ist dem Bereicherungsanspruch gegenüber eine facultas alternativa, und diese facultas cessirt nur da, wo es sich um Dinge handelt, welche eine solche Verzichtleistung nicht zulassen. Mit anderen Worten: es gelten die Grundsätze, welche oben (S. 55 f.) bezüglich der putativen negot. gestio ausgeführt worden sind. Was Paullus [2]) für einen bekannten Fall entscheidet: si paratus sit recedere ab usufructu fructuarius, non est cogendus reficere, sed actione negotiorum gestorum liberatur, das gilt auch hier: wenn der bereicherte Eigenthümer auf das Eigenthum verzichtet und es demjenigen,

---

(Beugnot I p. 298. 267); Molinaeus, Consuetudines almae Parisiorum urbis t. 1 § 1 nr. 69 f., 75 f.; Pothier, Mandat nr. 189 f. und die Commentatoren zu a. 1372 f. C. civ.

1) Vgl. meine Abhandlung über Annahme und Annahmeverzug, in diesen Jahrb. XVII S. 377 f. Vgl. auch bereits meine Rechtsfälle zum Studium des französischen Civilrechts II S. 94 f.

2) In fr. 48 pr. de usufr.

welcher den Aufwand gemacht hat, preisgibt [1]), so wird er von der Bereicherungshaftung frei.

Ein solches Preisgeben ist aber dann nicht möglich, wenn es sich um indisponible Lebensgüter handelt; hat A den Sohn des B in der Meinung, daß es sein eigener Sohn sei, auferzogen, so kann B seinen Sohn nicht „heimschlagen", und hat A in der Meinung, daß es sich um seine eigene Tödtung handelt, dem Häuptling der Wilden Gold und Glasperlen gegeben, in Folge dessen der dem Tode geweihte B befreit worden ist, so ist gleichfalls von einer Heimschlagung keine Rede. Ebenso wenig kann von einer Heimschlagung die Rede sein, wenn es sich um Erfüllung einer Pflicht handelt — um Erfüllung einer Pflicht, welche dem Verpflichteten ohne Rücksicht auf den Sachbesitz oblag, um Erfüllung einer Pflicht, von welcher sich daher der Verpflichtete nicht durch Heimschlagung einer Sache hätte befreien können. Wo die Verpflichtung an der Sache klebte und nur mit der Sache bestand, da ist ihre Erfüllung ein Aufwand auf die Sache, sie hat die Sache erhalten, mithin ist mit der Heimschlagung der Sache auch der Aufwand heimgeschlagen; wo aber die Verbindlichkeit unabhängig von der Sache bestand, da hat sie keinen Aufwandscharakter, und der Verpflichtete wurde nicht nur durch die Sache bereichert, sondern er wurde dadurch bereichert, daß ihm die Erfüllung der Pflicht aus seinen Mitteln erspart geblieben ist. Daher ist hier der Bereicherungsanspruch voll gegeben, er ist gegeben in der Form der condictio oder der unächten negot. gestor. actio: in letzterem Falle ist die neg. gest. actio nur die fremde Hülle für den Bereicherungsanspruch, und daß die

1) Er muß es preisgeben, d. h. er muß jus suum ad actorem transferre; vgl. analog fr. 29 de nox. act., auch fr. 32 eod.

Römer sich dieser Hülle bedienten, zeigt, daß ihnen an der Sache mehr gelegen war, als an der Form[1]).

So, wenn es sich um eine Schuldzahlung handelt. Die irrthümliche Zahlung der fremden Schuld als einer eigenen verschafft allerdings in der Regel keine Bereicherung, da der Zahlende die indebiti condictio hat, mithin der bezahlte Gläubiger nicht in der Lage ist, welche er kraft seines Gläubigerrechts zu beanspruchen hat, und folgeweise der debitor nicht liberirt wird. Eine Ausnahme bietet aber der Fall, wo die indebiti condictio ausgeschlossen ist — ist diese ausgeschlossen, so hat der Gläubiger alles, was er verlangen kann, und der Schuldner ist liberirt[2]) — es ist ebenso wie wenn der Gläubiger mit fremdem Gelde bezahlt worden wäre und dieses bona fide consumirt hätte, oder wie wenn er eine fremde Sache in solutum erhalten und diese ersessen hätte: wie es dort vom Schuldner heißt: usucapto homine liberatur[3]), so muß es in unserem Falle heißen: remota indebiti condictione debitor liberatur[4]).

Der eine römische Fall nun, wo solches eintrat, ist der eines bonorum possessor sine re, welcher Erbschaftsschulden bezahlt. Wie er ein prätorisches jus exigendi hat[5]), so haftet er auch utiliter, er zahlt daher gültig und das Gezahlte bleibt gültig bezahlt, wenn ihm auch nachträglich die Erbschaft vom

1) Die näheren Verhältnisse des Bereicherungsanspruchs, insbesondere die Frage, welcher Art die Bereicherung sein muß, die Details des Impensenrechts u. s. w., bedürfen hier keiner Ausführung.

2) Vgl. auch OAG. Wiesbaden 12./4. 1848 Seuffert Arch. VII 57.

3) S. fr. 60 de solut. Vgl. auch fr. 38 § 3 de solut. und weitere Stellen in meinen Gesammelten Abhandl. S. 286 f.

4) Sehr belehrend ist in dieser Beziehung fr. 31 pr. de hered. pet.: condictionem tamen praestare debebit.

5) Vgl. auch noch fr. 25 § 2 de hered. pet. und dazu Francke Commentar ...... de her. pet. S. 277 f.

legitimen Erben entrissen wird. Dies ergibt sich aus fr. 95 § 8 de solut. — einem der wenigen Ueberreste, welche von der bon. possessio sine re in den Pandekten geblieben sind: si quilibet .... bonorum possessor ei solveret, liberaret heredem [1]). Von diesem Falle und nur von diesem Falle war dereinst auch c. 5 de petit. hered. (Caracalla a. 213) zu verstehen; ursprünglich mußte sie lauten, nicht de hereditate, quam bona fide possidebas, sondern einfach: de hereditate quam possidebas — ganz ähnlich hatte das Opfer Caracallas, hatte Papinian (fr. 95 § 8 cit.) geschrieben: si creditor debitoris hereditatem ad se non pertinentem possedit; — und die possessio hereditatis war eben die bonorum possessio sine re. Darum der Satz: repeti a creditoribus, qui suum receperint, non potest.

Ein zweiter Fall liegt vor [2]), wenn der Gläubiger als Pfandgläubiger eine fremde Sache distrahirt hat — sofern nur die Distraction nicht unter Bedingungen geschehen ist, welche eine Rückgabepflicht bezüglich des erlangten Kaufpreises im Falle der Eviction mit sich führen, sofern also der Gläubiger das eingezogene Geld jedenfalls behalten darf. Hier wird der Schuldner definitiv befreit; aber er wird befreit mit dem Vermögen, unter der Vermögensaufopferung eines Anderen; dieser Andere ist der Käufer, sofern ihm die Sache evincirt wird, oder der Eigenthümer der Sache, sofern derselbe auf die Eviction verzichtet oder nicht mehr evinciren kann [3]). Allerdings

1) Vgl. dazu Leist, die bonorum possessio II 2 S. 229 f.

2) So fr. 12 § 1 de distr. pign.

3) Man hat bestritten, daß der Eigenthümer geschädigt sei, solange er noch evinciren könne; wohl, aber es steht nichts im Wege, daß er sich dieser Möglichkeit begibt, und der Verpfänder kann ihm daraus um so weniger einen Einwurf machen, als damit nur seine eigene Rechtshandlung ihre Bestätigung findet. Gründe aber, auf die Eviction zu verzichten, kann der Eigenthümer gerade genug haben; wie, wenn der Käufer der

ist die Befreiung des Debitor nicht durch Zahlung erfolgt, wohl aber durch die Pfanddistraction, welche die Zwecke der Zahlung erfüllt. Daher Bereicherungsanspruch gegen den befreiten debitor. Anders wäre es, wenn der creditor in der Lage wäre, den Kaufpreis wieder herausgeben zu müssen — dann hätte er noch nicht, was er verlangen kann, und der debitor wäre noch nicht — mindestens nicht definitiv befreit. Dies ist der Fall, welchen Tryphonin in dem viel besprochenen fr. 12 § 1 de distr. pign. behandelt [1]).

Der römische Hauptfall aber, wo die indebiti condictio ausgeschlossen war, ist gegeben, wenn die Nichtzahlung die Gefahr des duplum herbeiführt [2]): hier wären die Interessen, welche die Rechtsordnung durch den Druck der Duplation fördern wollte, auf einem Umwege geschädigt worden, wenn der Schuldner hätte zahlen und sodann ohne weitere Gefahr die Zahlung hätte anfechten können. Das Bedürfniß, daß der Gläubiger schnell, definitiv und streitlos zu seinem Guthaben gelangte, dieses Bedürfniß wäre auf einem Umwege vereitelt worden: der Gläubiger, welcher zur streitlosen Befriedigung gelangen sollte, wäre auf einem Umwege in Zank und Hader verwickelt worden. Dieses Interesse ist besonders augenschein-

Sache sich mit derselben in die Weite begeben hat und schwer zu erlangen, wenn sein Aufenthaltsort unbekannt ist? Vgl. auch c. 3 de rei vind.; § 38 Konk. O. Auf die weiteren Schwierigkeiten der Stelle ist hier nicht einzugehen.

1) Vgl. beispielsweise Dernburg, Pfandrecht II S. 195, Zimmermann, ächte und unächte Neg. Gestio S. 51 f., Windscheid, zwei Fragen aus der Lehre von der Verpflichtung wegen ungerechtfertigter Bereicherung S. 6 f., Moreau, Haftung wegen Eviction S. 14 f., Monroy, vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 9 f., Witte, Bereicherungsklagen S. 330.

2) Ex quibus causis infitiando lis crescit, ex his causis non debitum solutum repeti non potest, § 7 J. de obl. quasi ex contr.; c. 4 de cond. indeb. Vgl. hierüber und zum Folgenden Rudorff, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. XIV S. 289 f. 301 f. 399 f.

lich, wenn ein Judicat vorliegt, weßhalb die Rechtsordnung sehr richtig die Bekämpfung eines Judicates besonders erschwerte [1]), es waltete aber auch noch in anderen Fällen vor. Eine berühmte Quellenentscheidung nun geht von dem Falle aus, daß eine indebiti condictio ausgeschlossen ist, daß sie ausgeschlossen ist, weil die Zahlung unter dem Drucke der Duplationsgefahr erfolgte. Diese Entscheidung findet sich am Schlusse des vielbesprochenen fr. 48 (49) de neg. gest. [2]). Sicher ist hier von einem legatum per damnationem die Rede, denn es sind res vermacht, welche nicht dem Erblasser und auch nicht dem Erben, sondern einem Dritten gehören (vergl. Gajus II 202). Bei dem Damnationslegat aber (sofern per damnationem certa relicta sunt) galt der Satz: si legatum per damnationem relictum heres infitietur, in duplum cum eo agitur [3]) (Gajus II 282, IV 9. 171, Paulli Sent. I 19 § 1). Daher kann derjenige, welcher ein solches Legat in der Mei-

1) Nicht im Widerspruch hiermit steht fr. 11 de appel., da hier von einer Bekämpfung des Judicats durch die condictio indebiti keine Rede ist, vielmehr durch dieselbe gerade derjenige Zustand herbeigeführt werden soll, welcher der definitiven Sentenz gemäß ist. Es verhält sich hier ähnlich, wie in Paulli Sent. III 6 § 92 bei dem Damnationslegat: prolatis codicillis vel alio testamento quibus ademptum est legatum vel certe rescissum, perperam soluta repetuntur. Damit die condictio ausgeschlossen ist, muß sie im Widerspruch mit dem maßgebenden Urtheil, oder bei dem Legat mit der maßgebenden Damnation stehen.

2) Diese Deutung der Stelle findet sich auch bei Zimmermann, ächte und unächte Negot. Gestio S. 80, aber bloß problematisch. Die Meinung, daß die Litiscrescenz bezüglich des Damnationslegats nur bei certa pecunia, nicht bei certa res eintrat, hat keine stichhaltigen Gründe für sich (vertheidigt wird sie besonders von Rudorff, Z. f. gesch. Rechtsw. XIV S. 406 f.). Sie wird sogar stringent widerlegt durch fr. 61 in fine ad leg. Falc., vgl. auch fr. 71 § 3 de leg. I.

3) Für das Justinianeische Recht gilt allerdings § 7 J. de obl. quasi ex contr., § 23 und 26 J. de action., c. 45 (46) § 7 de episc. et cleric, (1, 3). Allein dies kommt bei der Interpretation des Afrikan nicht in Betracht.

nung, Erbe zu sein, auszahlt, das Gezahlte nicht mehr condiciren [1]), folglich hat der Legatar definitiv, was er zu verlangen hat, und mithin ist durch Aufopferung des vermeintlichen Erben der wahre Erbe liberirt: er ist liberirt und daher ungerechtfertigt bereichert; darum ist die unächte actio neg. gest. d. h. die Bereicherungsklage des Zahlenden gegen denselben begründet. Hierher gehört auch das fr. 74 § 2 de jud., worüber in der Note weiter zu handeln ist [2]): auch die Zah-

---

1) Daher auch Gajus II 283: quod ex causa falsa per damnationem legati plus debito solutum sit, repeti non potest. Idem scilicet juris est de eo, quod non debitum vel ex hac vel ex illa causa per errorem solutum fuerit.

2) Hier liegt eine eigentliche neg. gestio vor; allein diese Gestio besteht in der Uebernahme des judicium d. h. des Proceßrechtsgeschäfts, und dieses ist, da der Proceß auf eine bereits todte Person gestellt ist, nichtig (fr. 2 § 1 quae sent. sine appell. resc.). Daher bewirkt die Litiscontestation keine processualische Consumtion und mithin keine Liberirung des heres, der Gestionsakt ist mithin unwirksam. Entsprechend ist das Judicat ungültig, entsprechend sollte auch die Zahlung des Judicats zu einer condictio indeb. führen. Weil aber die Anfechtung des Judicats die Gefahr der Duplation herbeiführt, so ist die Zahlung unanfechtbar und der Bezahlte hat, was ihm gebührt. Mithin kommt trotz der Nichtigkeit der Gestion doch die Zahlung dem heres zu gute, und daher hat der Zahlende die actio neg. gest. — nicht als ächte, sondern als unächte, als Bereicherungsklage. Die ächte act. neg. gest. wäre gegeben, wenn das judicium gültig übernommen worden wäre, weil dann die Uebernahme des judicium, also der Gestionsakt, den heres befreit hätte (vgl. fr. 10 § 1 de in rem verso: namque filius eum judicio suscepto liberavit); und auch wenn die Uebernahme des judicium bloß Bürgschaftscharakter hätte, so wäre diese Uebernahme doch eine negot. gestio und die Zahlung wäre eine Fortsetzung der übernommenen Gestion (vgl. fr. 10 pr. § 10, fr. 15 de in rem verso). Wenn aber die Uebernahme des judicium wirkungslos ist, so ist die Gestion wirkungslos und die Zahlung ist daher nur die Zahlung einer fremden Schuld in der Meinung, daß sie die eigene sei; mithin treten dieselben Erscheinungen ein, wie überhaupt bei einer derartigen Bezahlung fremder Schulden: indebiti condictio, oder, wo diese ausgeschlossen ist, Bereicherungsklage (unächte negot. gestio) gegen den auf solche Weise liberirten

lung auf Grund eines Judicats unterlag der Condiction nicht, denn gerade hier obschwebte die Duplationsgefahr, vgl. auch fr. 36 fam. herc., fr. 29 § 5 mand., c. 1 pr. de cond. indeb., c. 2 de compens.

Eine weitere Illustration zu den entwickelten Principien bietet das römische Recht in fr. 14 § 11, fr. 32 pr. de relig. Wer eine Beerdigung in der Meinung vorgenommen hat, daß er der Erbe sei, der hat eine definitive Leistung gemacht, er hat sie gemacht zu Gunsten des Erben, der sie sonst unausbleiblich hätte machen müssen; die Beerdigung ist eine Pflicht, welcher sich der Erbe nicht entziehen konnte, und welche nunmehr durch die Bestattung erfüllt worden ist. Wer daher den Todten bestattet, der hat den Erben um den Betrag der Beerdigungskosten, welche er hätte aufwenden müssen, bereichert [1]), daher eine unächte actio neg. gestor. [2]) — oder vielmehr funeraria; daß sich noch Trebaz und Proculus sträubten, erklärt sich leicht — es ist ja eine uneigentliche Anwendung der Gestionsklage zur Realisirung eines Bereicherungsanspruchs, fr. 14 § 11, fr. 32 pr. de relig. [3]). Und ebenso verhält es sich

---

Schuldner. Vgl. zur Stelle auch Rudorff, Z. f. gesch. Rechtsw. XIV S. 323 f.

1) Hoc ipso, quo non est pauperior, locupletior est, fr. 47 § 1 de solut.

2) Vgl. zum Folgenden auch Zimmermann, ächte und unächte negot. gestio S. 67 f.

3) Die Römer legten sich die Sache so zurecht: die Beerdigung ist eine Leistung gegenüber dem Todten, welcher durch das Begräbniß seine Ruhe im Schattenreiche findet (vgl. Fustel de Coulanges, la cité antique p. 10 f.); daher Ulpian in fr. 1 de relig.: cum defuncto contrahere creditur, non cum herede. Daher geht die actio funeraria eigentlich gegen den Todten und erst per consequentiam gegen den Erben. Daher gilt der Satz, daß der Todte quasi de patrimonio suo zu bestatten sei, fr. 16 de relig.; daher werden die Beerdigungskosten wie Schulden von dem Nachlasse in Abzug gebracht, fr. 1 § 19, fr. 2 ad leg. Falcid.; daher wird der Wille des Erblassers respectirt, sowohl bezüglich der Person,

mit der Pflicht zur Errichtung eines Grabmonuments — denn die Erben waren zwar nicht jure civili verpflichtet, aber principali vel pontificali auctoritate wären sie dazu genöthigt worden; daher erfüllte der Erbschaftsbesitzer, welcher das Monument (nach Maßgabe des Testaments)[1]) errichtete, gleichfalls eine Pflicht, welcher sich der Erbe nicht hätte entziehen können, fr. 50 § 1 de hered. pet.[2]).

§ 9.

Ein solches suum negotium gerere, und zwar ein suum negotium gerere ohne ungerechtfertigte Bereicherung Anderer liegt aber auch vor, einmal wenn es sich um die Erfüllung einer Staatsaufgabe durch Staat oder Gemeinde handelt — es wäre denn, daß ausnahmsweise der Staat nicht den Vollzug eines bestimmten Geschäfts, sondern nur den vorläufigen Vollzug des Geschäfts, unter Vorbehalt des Rückersatzes,

welche die Beerdigung besorgen soll, fr. 12 § 4, fr. 14 § 2, 13. 14. de relig., als auch bezüglich der Art der Bestattung — sofern dieselbe nicht über das ordentliche Maß hinausgeht, fr. 14 § 6 de relig. Vgl. auch mein Autorrecht S. 147 f. (Jahrb. XVIII S. 275 f.). Nicht gegen diese Anschauung spricht die Entscheidung des fr. 19 de in rem verso: funus filii patris esse aes alienum, non filii; denn der vermögenslose Haussohn konnte allerdings nicht ex suo patrimonio bestattet werden; vergl. auch fr. 21, 28 de relig. Entsprechend nahmen die französischen Coutümisten an, daß die Beerdigungskosten auf den Mobiliarerben fielen; Heu, Cout. d'Amiens ad a. 105.

1) Nicht über die im Testament bestimmte Summe hinaus (quantum testator jusserit, non excedat). In fr. 202 de verb. sign. ist nur davon die Rede, daß der Erbe nicht gegen die testamentarische Pflicht verstößt, wenn er mehr aufwendet, als ihn der Erblasser geheißen hat: er handelt ultra, aber nicht contra testamentum; wohl aber thut solches der Erbschaftsbesitzer auf seine Gefahr, und der Regreß geht nur soweit, als die Pflicht ging. Zur Stelle vgl. auch Pernice, Festgab. f. Beseler S. 57.

2) Ueber das Verhältniß zwischen sepultura und Errichtung eines Monuments vgl. fr. 1 § 19, fr. 2 ad leg. Falc. Man muß dabei an den außerordentlichen Monumentenluxus der Römer denken, von welchem das Grab der Caecilia Metella das bekannteste Beispiel ist.

zu seiner Aufgabe gemacht hätte. Zu den Aufgaben des Staates und der Gemeinden gehört aber insbesondere auch die Armenunterstützung: der Staat erfüllt seine Aufgabe, er handelt im Interesse der Allgemeinheit, er handelt im Interesse gedeihlicher Selbstentwickelung, wenn er für rationelle Armenunterstützung sorgt. Daher findet eine actio neg. gest. gegen den Unterstützten nicht statt; vgl. richtig Obertrib. Berlin 12./2. 1878, Seuffert Arch. XXXIII 305, OLG. Kiel 25./4. 1881, ib. XXXIX 306[1]).

Ebenso liegt aber auch ein suum negotium gerere, und ein solches ohne ungerechtfertigte Bereicherung, in denjenigen Fällen vor, wo pietatis causa gehandelt wird; darum schließt das officium pietatis die negot. gestio aus[2]). Allerdings scheint auch derjenige für Fremde zu handeln, der handelt, um eine pure Wohlthat zu erweisen, ja diese Handlung erscheint als der Gipfel der Entäußerung — sie ist es auch im sittlichen Sinne, sie ist es im wirthschaftlichen Sinne[3]), sie ist es

1) Anders verhält es sich mit dem Armenrechte im Proceß, wo der Staat nur die vorläufige, nicht die definitive Befreiung des Armen zu seiner Aufgabe gemacht hat. Doch hat es Gesetze gegeben, welche auch bezüglich der Unterstützungspflicht die Staatsleistung nur als eine Vorleistung erklärten. Bez. der Leistungen der Feuerwehr vgl. Vivante I nr. 362.

2) Vgl. zum Folgenden Donellus, de jure civili XV 16 nr. 10 f. (Ed. Florent. 1842) IV. p. 151 f., Chambon, Negot. Gestio S. 76 f., Sturm, das negotium utiliter gestum S. 55 f., Laurent, Princip. de droit civ. XX nr. 323.

3) Wirthschaftlich ist eine solche Thätigkeit altruistisch; vgl. Dargun, Egoismus und Altruismus S. 45 f. auch 56 f.; denn die Wirthschaftslehre kennt keine Identification, keine Vertretung, keine Auswechslung der Individuen bezüglich ihrer rechtlichen Wirksamkeit; solche kennt aber das Recht: die Wirthschaftslehre hat es mit dem Realismus der Bedürfnißbefriedigung, das Recht aber hat es mit der Idealität der geistigen Beziehungen zu thun, welche in dieses Wirthschaftsleben eingreifen. Diese geistigen Beziehungen nun haben ihre besonderen Gesetze, welche von den Gesetzen der äußeren Welt verschieden sind. Darauf beruht der wichtigste Unterschied in der Behandlung der Oekonomik und des Rechts.

nicht im Rechtssinne. Wer sich selbst entäußert, übergibt sein Ich den fremden Interessen, er schlägt die Scheidewand entzwei, die zwischen ihm und der Drittwelt liegt: wer sein Ich der Menschheit hingibt, der nimmt ihre Interessen in sich auf; und wenn er für sie handelt, so handelt er nicht mehr für fremde Interessen, er handelt für die eigenen — wie die Mutter, welche für das Kind, wie der Mann, welcher für das Weib sorgt. Daher erkennt das Recht die Schenkungsabsicht als eine Interesseabsicht an: das Schenken ist kein causalloses, kein interesseloses, sondern ein causirtes Handeln, ein Handeln für selbeigene Lebenszwecke, nämlich für die Lebenszwecke Anderer, welche ich mit zu meiner Aufgabe gemacht, welche ich in meinen Interessekreis aufgenommen habe. Insbesondere ist auch das Schenkungsinteresse ein genügendes Interesse, um das Mandat zu stützen: wer an der Ausführung des Mandates kein weiteres Interesse hat, als daß er das Wohl eines Anderen befördern will, der hat ein genügendes Mandatsinteresse und ein Recht auf Ausführung des Mandates; solches hat nicht erst Papinian in fr. 54 pr. mand. entwickelt, sondern schon Celsus im 7. Buche seiner Digesten: denn auch si tibi mandavero quod mea non intererat ... erit mihi tecum mandati actio, fr. 6 § 4 mand. [1]). Doch hiervon an anderer Stelle.

Daß nun das reine Wohlthatshandeln keine neg. gestio bildet, ist in den Quellen so sicher anerkannt, daß es keiner weiteren Ausführung bedarf; vgl. fr. 26 § 1, fr. 43, c. 5. 11. 12. 13. 15 de neg. gest., fr. 14 § 7 de relig. — namentlich aber die berühmte lex Nesennius Apollinaris, fr. 33 de neg. gest. [2]). Ob aber ein volles Wohlthatshandeln oder

1) Vgl. ferner Gajus III 155; pr., § 3—6, J. de mand., fr. 2 pr., § 2 mand. Nicht hiergegen spricht fr. 8 § 6 mand.

2) Vgl. auch noch Seneca de benef. V 20: patrem alicujus in solitu-

eine neg. gestio vorliegt, richtet sich nicht nach dem Bewußtsein der Rechtsfolgen: denn die wenigsten werden eine sichere Vorstellung haben von dem Gewebe der Rechtsbeziehungen, welches sich aus der negot. gestio entspinnt; und wenn die römischen Juristen sich der Formel bedienen: animo recipiendi, hoc animo quasi recepturus oder ut repetiturus, fr. 14 § 7 de relig., c. 11. 13. 15 de neg. gest., so sehen wir sie eben hier, wie oft, in dem Ringen nach einem Ausdruck begriffen für die richtige psychologische Charakteristik, welche sie intuitiv fühlen — und implicite anwenden, aber nicht explicite begreifen. Und auch der bloße Wohlthatssinn allein ist nicht ausreichend — denn auch die negot. gestio enthält ein bedeutendes Element des Wohlwollens[1]) und der sittlichen Tüchtigkeit; und die römischen Juristen versäumen nicht, es hervorzuheben: potest tamen distingui et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus jaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit, fr. 14 § 7 de relig. Allein die neg. gestio enthält nicht die totale Entäußerung des Wesens, welche die Aufopferung für drittes Wohl nicht mehr als Aufopferung, als Weggabe empfindet; bei der gestio bleibt stets der Gedanke herrschend, daß es Fremdes, nicht Eigenes ist, was man thut, daß man fremden, nicht eigenen Interessen sein Vermögen preisgibt.

---

dine exanimem inveni, corpus ejus sepelivi .... Praestiti patri ejus, quod ipse praestare voluisset nec non et debuisset. Hoc tamen ita beneficium est, si non misericordiae et humanitati dedi, ut quodlibet cadaver absconderem, sed si corpus adgnovi, si filio tunc hoc praestare me cogitavi. At si terram ignoto mortuo injeci, nullum in hoc habeo hujus officii debitorem in publicum humanus.

1) Richtig bemerkt Laurent, Principes de droit civ. franç. XX nr. 323 p. 353: il y a un esprit de bienfaisance dans toute gestion d' affaires.

Ob im einzelnen Fall eine solche Entäußerung vorliegt, dies zu entscheiden, kann daher große praktische Schwierigkeiten bereiten; haec disceptatio in factum constitit, fr. 33 de neg. gest. Die Vermuthung spricht für dieselbe nicht; solche Entäußerungsakte werden in Zeiten pietätvoller Exaltation häufig sein, im gewöhnlichen Gange der Lebensereignisse kommen sie glücklicherweise immer noch vor, sie kommen nicht selten vor, allein der Entäußerungswille ist nicht der herrschende Faktor der Verkehrsverhältnisse. Die Entäußerung wird daher nur zu vermuthen sein in sehr vertrauten Kreisen[1]), welche von den gewöhnlichen Fluthen des Verkehrslebens nicht berührt werden, wo noch Liebe und Aufopferung ihr Scepter schwingen. Verhältnisse zwischen Eltern und Kindern[2]), Verhältnisse unter Ehegatten sind ganz besonders zu solchen Thaten der Liebe angelegt[3]); und auch hier ist es zunächst die Sorge für die Person, weniger die Sorge für das Vermögen, welche von dieser Gefühlsrichtung getragen sein wird. Besonders lehrreich ist in dieser Beziehung die lex Nesennius Apollinaris[4]), sowie die c. 11 de neg. gest., woraus frühere Praktiker die Regel ableiteten, daß bei Aufwendungen auf die Person mehr für den animus donandi, bei Aufwendungen auf die Sache mehr für den animus recipiendi zu präsumiren sei. Am allerwenigsten ist die Entäußerung zu vermuthen bei Dienst-

1) Vgl. auch OAG. Lübeck 11./12. 1866 Seuffert Arch. XXXI 224.

2) Vgl. auch Reichsgericht 13./5. 1882 Entsch. X S. 117 f. Vgl. ferner Züricher Civilgesetzbuch § 1214: „Wenn Eltern oder Großeltern den Kindern oder Enkeln Alimente geben, so wird im Zweifel angenommen, sie haben das aus Zuneigung und ohne Absicht der Rückforderung gethan . ." Das sächsische Gesetzbuch § 1354 nennt Eltern, Voreltern und Geschwister.

3) Auch ein Verhältniß, für welches wir heute kaum ein Analogon haben: des Clienten, Lehensmannes, Freigelassenen zu seinem Dominus oder Patronus.

4) Vgl. auch den Rechtsfall in der Entsch. des OAG. Jena 4./12. 1873, Seuffert Arch. XXXIII 21.

leistungen einer Person, welche derartige Dienste gegen Entgelt gewerblich zu leisten pflegt; man denke an die Dienstleistungen des Kaufmanns, des Architecten, des Arztes, des Advocaten.

§ 10.

Es ist noch der Fall möglich, daß eine Handlung sowohl das eigene als auch das fremde Interesse befriedigt. Hier kommt es zunächst in Betracht, auf welches Interesse die Intention gerichtet war. Wenn ein Großvater seine Enkelin aussteuert, so kann er solches von sich aus thun; er kann es auch thun im Interesse des Vaters, welcher beispielsweise abwesend oder irrsinnig ist und nicht für die Tochter sorgen kann[1]); wie nun, wenn beide Interessen in seiner Brust spielen und er nach beiden Seiten hin thätig sein will? Wenn er zugleich den Großvater und den Vater spielen will? Beide Tendenzen können nun nicht zugleich überwiegen, denn sie widerstreben einander; es kann zwar sein, daß beide Strömungen in dem Thäter obwalten, aber eine wird die Obmacht erlangen, und diese ist entscheidend.

Es kann nicht zu gleicher Zeit der Vater und der Großvater der Dotator sein, nicht zu gleicher Zeit kann der Eine und der Andere in die Beziehung zur Dos treten, welche sich zwischen dem Dotator und der Dos entspinnt — namentlich wenn die Dos eine dos profecticia ist[2]).

Ganz anders, wenn beide Tendenzen sich nicht ausschließen, sondern zusammen ihre Befriedigung finden, so ins-

1) Vgl. analog fr. 7 § 5, fr. 8, fr 9 de in rem verso, namentlich aber fr. 5 § 1 und 2 de jure dot.: cum quis dedisset negotium ejus gerens parens ratum habuerit, profecticia dos est. Quod si quis patri donaturus dedit, Marcellus libro sexto digestorum scripsit, hanc quoque a patre profectam esse; et est verum. Vgl. auch C. civ. a. 1438 f. 1544 f.

2) Vgl. fr. 5 de jure dot.

besondere wenn zwei Interessen so mit einander verknüpft sind, daß sie nur zusammen, nicht getrennt zu ihrer Entfaltung gelangen können; oder daß sie zwar getrennt sich verwirklichen lassen, daß aber der von dem Gerenten eingeschlagene Weg zugleich zur Verwirklichung beider führt. Es bedarf hier keiner besondern Ausführung, daß das römische Recht der Eigenart dieser Verhältnisse durch den modificirten Gestionsanspruch, durch die actio communi dividundo (utilis) bezw. fam. herc. gerecht geworden ist, bei welcher die Intrication beider Interessen durch Theilung des Aufwandes zur Geltung kommt: quae pro parte expediri non possunt, si unus cogente necessitate fecerit, familiae herciscundae judicio locus est, fr. 25 § 15 fam. herc.; non alias communi dividundo judicio locus erit.... nisi id demum gessit, sine quo partem suam recte administrare non potuit, fr. 6 § 2 comm. div.; vergl. fr. 18 § 6 und 7 fam. herc. u. a. Vgl. darüber meine Gesammelten Abhandlungen S. 190 f., Monroy, vollmachtslose Ausübung fremder Vermögensrechte S. 138 f., Eck, doppelseitige Klage S. 131 f.[1]).

1) Vgl. auf fr. 15 comm. divid., fr. 8, fr. 17 pr. de nox. act.; über fr. 19 § 2 comm. divid. und fr. 30 § 7 de neg. gest. vgl. Gesammelte Abhandl. S. 170. Nicht hierher gehört fr. 20 pr. de neg. gest.; denn hier handelt es sich um eine act. neg. gest. directa gegen den erstbefreiten Kriegsgefangenen, sofern er mit seiner Befreiung die Sorge für die künftig Freiwerdenden übernommen hat (vgl. auch Bechmann, jus postliminii S. 70 f.) In c. 3 de neg. gest. ferner ist die actio neg. gest. nur für den Fall gemeint, daß die actio fam. herc. bereits erhoben — mithin eine nochmalige Erhebung derselben ausgeschlossen ist (fr. 20 § 4 fam. herc.). Es verhält sich hiermit, wie mit der actio funeraria, fr. 14 § 12 de relig.: si familiae herciscundae agere possit, funeraria non acturum; plane si jam familiae herciscundae judicio actum sit, posse agi. Die actio neg. gest. versah hier, wie die actio funeraria, die Stelle eines Lückenbüßers; allerdings hätte man an eine actio comm. divid. denken

Es gibt nun allerdings noch einen dritten Fall; den nämlich, wo zwar gleichfalls das eigene und das fremde Interesse durch eine Handlung betroffen werden können, wo aber das eine Interesse das prävalirende ist, indem das zweite Interesse nur per consequentiam aus der Erhaltung des erstern hervorgeht. Solche Fälle kommen jeden Tag vor, denn das Eigenthum des einen und seine Benutzung ist nicht ohne vielseitigen Einfluß auf Dritte. Wer einen Sumpf auf seinem Gebiete austrocknet, nützt auch den Umwohnern; wer ein häßliches Mauerwerk abbricht, verschafft vielleicht einem Nachbarn eine längst erwünschte Aussicht[1]), und wer seine Wand mit Freskon bemalt, erspart seinem Vis à vis die Kosten eines Gemäldes. Der Müller, welcher um seiner Mühle willen den Mühlgraben erweitert oder einen geschlossenen Mühlgraben wieder eröffnet, nützt dadurch von selbst den unterhalb liegenden Mühlen[2]); und der Strandbewohner, welcher einen Damm errichtet und sich vor Ueberschwemmung sichert, sichert dadurch auch die Nachbarn[3]). In allen diesen Fällen kommt rechtlich

---

können (fr. 34 pro socio); doch hatten die Römer eine gewisse Scheu, dieselbe auf Verhältnisse anzuwenden, welche von dem Normfalle, dem Miteigenthum, zu weit abzuliegen schienen. Vgl. beispielsweise fr. 32 de stip. serv.

1) Vgl. treffend Dalloz, Répert. de législation et de jurisprud. v. Obligations nr. 5402: On conçoit . . . que si mon voisin a démoli sa maison pour convertir en jardin d'agrément le terrain sur lequel elle était élevée, il ne pourra pas, sous le prétexte qu'il a procuré à la mienne une vue plus agréable et plus étendue, se constituer mon gérant à cet égard et réclamer de moi, à ce titre, une indemnité quelconque.

2) Vgl. hierüber die interessante Entscheidung des französ. Cass.-Hofs 30./4. 1828 Dalloz Récueil v. Obligations nr. 5402, und dazu auch Laurent, Principes XX nr. 335.

3) Appellh. Grenoble 12./8. 1836, Cass.-Hof 6./11. 1838, Dalloz v. Oblig. nr. 5403, Laurent XX 335, Aubry et Rau, Cours de droit civ. franç. IV p. 725.

nur die prävalirende Eigenabsicht in Betracht: der Nachbar hat Vortheil, weil der Vortheil des Bauenden selbst ihm per consequentiam zu gute kommt, weil er ihm zu gute kommt in Folge der Verknüpfung der menschlichen Verhältnisse, welche nicht in der Isolirtheit, sondern in ständigem Wechselverkehr stehen. Es würde zu den seltsamsten Consequenzen führen, wollte man in derartigen Fällen die Nachbarschaft in Contribution setzen: wer wäre dann einen Augenblick von Bereicherungsansprüchen frei? Und zwar ist hier nicht nur die actio neg. gest. ausgeschlossen, sondern auch die Bereicherungscondiction — denn von einer ungerechtfertigten Bereicherung ist keine Rede.

Umgekehrt wird aber auch die negot. gestio für einen Anderen nicht dadurch angetastet, daß per consequentiam auch ein Vortheil für den Gerenten erzielt wird, sofern nur dieser Vortheil lediglich die Consequenz der Interessehandlung für den Dritten ist. Wenn ich das Haus meines Nachbarn im Fall der Noth reparire in der Absicht, es gelegentlich zu kaufen oder zu miethen, so ist nichtsdestoweniger die negot. gestio gegeben. Ein ähnlicher Fall liegt vor in fr. 31 pr. de neg. gest. Wenn Jemand fremde Forderungen sich gegen Zahlung abtreten läßt, so befreit er den Schuldner gegenüber dem Gläubiger (welcher vielleicht bereits daran war, die Pfänder zu subhastiren), er befreit ihn und führt seine Geschäfte nichtsdestoweniger, sollte er auch dabei eigensüchtige Zwecke verfolgen — denn diese schließen sich nur als Consequenz an den Haupterfolg — an die Befreiung des Schuldners von dem Gläubiger an.

Dasselbe gilt, wenn ein Verkäufer die nicht in Empfang genommene Waare verkauft: es kann dies negot. gestio im Interesse des Käufers sein, auch wenn, wie gewöhnlich, der Ver-

käufer indirekt dabei betheiligt ist: betheiligt wegen seines Kaufpreises [1]).

Alles dieses beruht auf dem Grundgesetze der wirthschaftlichen Würdigung des Egoismus und Altruismus: eine Thätigkeit ist eine egoistische im wirthschaftlichen Sinne, wenn sie den eigenen Zwecken dient, sollten mit der Erreichung dieser Eigenzwecke auch zugleich Vortheile für Dritte verbunden sein; und eine Thätigkeit zur Beförderung des fremden Interesses bleibt eine altruistische, wenn auch das beförderte fremde Interesse auf das Eigeninteresse zurückwirkt [2]). Es sind dies Probleme, welche bereits die Philosophen, die Moralisten beschäftigt haben. Man denke an den Fall des Seneca, daß Jemand unter der Bedingung eine Magistratur erlangt, daß er 10 Personen loskauft. Seneca nimmt an, ein „beneficium" liege hier nicht im Loskauf, ein solches könne nur darin liegen, daß der Candidat unter allen Gefangenen gerade die betreffenden 10 ausgewählt hat [3]) — dies kann allerdings ein Grund der Dankbarkeit für den Einzelnen sein, aber eine negot. gestio ist dies nicht, denn die Wahl unter den mehreren Gefangenen ist kein selbständiger Akt, nur der Loskauf ist ein solcher, und dieser Loskauf ist lediglich egoistisch [3]).

---

1) So mit Recht Laurent, Principes de droit civ. franç. XX nr. 322 und die hier cit. Entsch. des Cassationshofs 18./6. 1872 Dalloz, Répert. 1872 I p. 471 und das untergerichtliche Urtheil, Appellh. Rouen 29./8. 1871 ib. Vgl. auch Reichsoberhandelsgericht, 13./3. 1875 Entsch. XVI 321 f. 326, Reichsgericht 25./5. 1880 Entsch. I S. 355 f. 358. Vgl. auch Eck, Festgab. f. Beseler S. 181 f.

2) Vgl. Dargun, Egoismus und Altruismus S. 18 f. Ein altruistisches wirthschaftliches Handeln ist darum noch kein caritatives Handeln.

3) Seneca de benef. VI 13. 14. Vgl. auch noch ib. VI 19 f. Vortrefflich bemerkt derselbe ib. VI 20: qui mihi prodest, ut per me prosit sibi, non dedit beneficium, quia me instrumentum utilitatis suae fecit.

§ 11.

Diese Grundsätze gelten insbesondere auch, wenn ein dinglich Berechtigter Aufwendungen auf eine Sache gemacht hat: sie nützen dem dinglich Berechtigten, sie nützen dem Eigenthümer. Hier muß das Recht eine Ausscheidung treffen und diejenigen Aufwendungen, deren wesentlicher Zweck die Erhaltung des temporären Genusses ist, als Genußaufwendungen dem Genußberechtigten, diejenigen Aufwendungen dagegen, deren wesentlicher Zweck die Erhaltung der Sachsubstanz ist, dem nudus proprietarius zuweisen: allerdings berühren auch die Genußaufwendungen den Proprietar, aber nur sofern die Erhaltung der temporären Genußfähigkeit per consequentiam der Sachsubstanz zu gute kommt; und ebenso verhält es sich umgekehrt. Daraus ergibt sich von selbst, daß die Genußimpensen dem Genußberechtigten, die Sachimpensen dem Proprietar vollständig zukommen, obgleich indirekt auch der Andere davon Nutzen hat; denn dieser Nutzen ist nur eine indirekte Folge der gegenseitigen Influenzen menschlicher Verhältnisse. Und wenn daher der Eine Aufwendungen macht, welche hiernach in das Gebiet des Anderen fallen, so ist eine negot. gest. actio begründet — nur daß dieselbe auch hier consumirt werden kann durch diejenige actio, welche das individuelle Verhältniß in ihrem vollen Wesen erschöpft, so insbesondere bei dem Pfandrecht (Nutzpfand) durch die actio pigneraticia, vergl. fr. 8 pr. § 5 de pigner. act., c. 7 § 1 de act. pign.; vgl. meine Pfandrechtlichen Forschungen S. 219 [1]). Bei dem Usufrukt fehlt es an solcher individueller actio — hier tritt die actio negot. gest. in ihr Recht, fr. 48 pr. de usufr.: si absente fructuario heres quasi negotium ejus gerens reficiat, negot. gest. actionem adversus fruc-

---

1) Bezüglich des germanischen Rechts vgl. ebenda S. 243 f.

tuarium habet — es handelt sich hier um Genußimpensen; und treffend fügt Paullus bei: tametsi sibi in futurum heres prospiceret. Weniger treffend ist die Behandlung eines analogen Falles durch Ulpian. Wer in bona immittirt ist, kann Ersatz für die Impensen verlangen, welche er sine dolo malo fecit [1]); er kann ihn verlangen, obgleich diese Impensen indirekt auch ihm zu gute kommen; er kann ihn verlangen mit einer actio in factum [2]) — mit einer actio, welche der Prätor mit Rücksicht auf die Verhältnisse des Falles construirte; er kann ihn verlangen nach den Grundsätzen der negot. gestio, so daß es nicht darauf ankommt, ob die Auslagen von Erfolg waren oder nicht [3]); und wenn auch hier die actio neg. gest. durch die spezielle actio in factum verdrängt wird, so ergibt sich der Grund dieser Erscheinung aus dem Obigen von selbst. Ein unrichtiger Grund ist es aber, welchen Ulpian unterstellt: negotiorum gestorum agere non magis potest, quam si socius commune aedificium fulsit, quia hic quoque creditor commune, non alienum negotium gessisse videtur, fr. 9 § 4 de reb. auct. jud. Dies beruht auf Verwechslung: es beruht auf der Verwechslung des Falles, wo eine Thätigkeit zwei äquipollente Interessen (das eigene und ein fremdes) befriedigt, mit dem Falle, wo eine Thätigkeit direkt nur das eine Interesse (das eigene oder fremde) befriedigt, dessen Befriedigung aber per consequentiam auf das weitere Interesse influirt. Consequent hätte man in fr. 48 pr. de usufr. die act. neg. gest. versagen müssen; Paullus hat es nicht gethan [4]) — auch Ulpian hätte es

1) Vgl. Bachofen, Röm. Pfandrecht S. 459.

2) Vgl. fr. 9 pr. de reb. auct. jud.

3) Vgl. fr. 9 § 2 eod.: sufficit igitur sine dolo erogasse, etiamsi nihil profuit erogatio ejus rei debitori.

4) In fr. 14 § 1 de reb. auct. jud. erwähnt Paullus einfach den

nicht gethan, wenn man ihm den praktischen Fall vorgelegt hätte; denn die Gründe haben bei den intuitiv schaffenden römischen Juristen wenig Gewicht.

Von besonderer Bedeutung wird die Frage im heutigen Versicherungsrecht. Wie, wenn der Proprietar oder der Usufruktuar die Sache versichert und die Versicherungssumme fällig wird? Die Versicherungssumme ist das Ebenbild des versicherten Interesses an der Sache, und darum ist das Recht auf die Versicherungssumme das Ebenbild der Interessenrechte, welche an der Sache obschweben. Die Versicherung involvirt daher nicht die Deckung des einen, sondern die Deckung beider Interessenrechte, sie ist daher eine Versicherung zu Gunsten des Versicherungsnehmers und zu Gunsten des anderen Berechtigten, sie ist eine Versicherung für zwei ganz verschiedene, von einander unabhängige Sachbeziehungen. Mithin kommt die Versicherungssumme beiden Berechtigten zu gute, und der andere Berechtigte, welcher seine Entschädigung nimmt, hat dem Versicherungsnehmer den entsprechenden Theil der Prämie zu vergüten; vgl. Appelhof Colmar 28./8. 1826 bei Dalloz, Répert. v. Assurances terrestr. nr. 69; vgl. auch Vivante, Contratto di assicuraz. I nr. 96, 88 f. und die Cit.

§ 12.

Gehört auch die Correalobligation zu den Fällen solcher bloß indirekten Influenzen, so daß, wenn der Eine zahlt, die Zahlung zwar auch die Übrigen befreit, aber nur indirekt und per consequentiam? Die Frage ist zu bejahen, wenn man den Correalschuldner nicht nur formell, sondern auch materiell als Selbstschuldner betrachtet, so daß eben mehrere Selbstschuldner

Ausschluß der actio neg. gest. durch die actio in factum in sehr bezeichnender Weise: omne, quod in actionem negotiorum gestorum veniret, si posset agi, restituendum a creditore.

einander gegenüberstehen, welche nichts weiteres mit einander gemeinsam haben, als daß die Lösung des einen Schuldnexus — unter bestimmten Voraussetzungen — den anderen löst, daß sie ihn löst, weil bezüglich aller dieser Schuldhaftungen nur eine actio gegeben ist. Von diesem formalen Standpunkte aus ist die Zahlung der Gesammtschuld durch den einen Sammtschuldner keine negotiorum gest.[1]), sie ist es nicht, es müßte denn in der Uebernahme der Verbindlichkeit selbst eine neg. gestio liegen[2]): denn wenn in der Uebernahme der Verbindlichkeit eine Gestion liegt, dann setzt sich das Gestionsverhältniß in der Zahlung fort, vgl. fr. 10 pr. § 10, fr. 15 de in rem verso. Ebenso liegt in der Zahlung auch kein Gemeinsamkeitsgeschäft, es wäre denn wiederum, daß die Uebernahme der Correalschuld ein Geschäft in gemeinsamem Interesse war, sofern der Gläubiger den mehreren nur unter Sammthaftung creditirt hat: hier wäre die Uebernahme ein Commungeschäft und dieses Communverhältniß würde sich in der Zahlung fortsetzen; von einem solchen Falle spricht c. 1 (2) de duob. reis stip.: juvare te adversus eum, cum quo communiter mutuam pecuniam accepisti, non cunctabitur[3]).

---

1) Ebenso ist eine Negot. Gestio (in rem versio) ausgeschlossen, wenn eine filius familias seine eigene Schuld bezahlt, obgleich auch der Vater de peculio haftet, fr. 11 de in rem verso. Vgl. auch fr. 31 § 1 de nov.

2) Wie gewöhnlich bei der Bürgschaft. Unzutreffender Weise sagt Hasenbalg, Bürgschaft S. 712: „Will man nun behaupten, daß dem Schuldner schon ebenso, wie durch die Erfüllung der übernommenen Schuld von Seiten des Fidejussors, durch die Eingehung der fidejussio, durch die Uebernahme der fraglichen Verbindlichkeit genützt sei?! Das Ungereimte einer solchen Behauptung liegt offen zu Tage." Allerdings befreit die Uebernahme der Bürgschaft den Hauptschuldner nicht, aber sie nützt ihm, weil der Gläubiger ihm Credit gibt, den er ihm sonst nicht gäbe; weil er ihm Ausstand gewährt, den er ihm sonst nicht gewähren würde. Vgl. Hasenbalg selbst S. 713.

3) Eine solche Gemeinsamkeitsschuld lag auch dann vor, wenn der ge-

Dieser formale Standpunkt ist nun im Wesentlichen der Standpunkt des römischen Rechts; und, wie gewöhnlich, hat auch hier Julian die Entwickelung besiegelt, fr. 62 pr. ad leg. Falc.: Julianus ait. Daher versagt das römische Recht als Regel den Regreß des zahlenden Correalschuldners, es versagt ihn, weil die Befreiung seiner Mitschuldner nur als Consequenz seiner eigenen Befreiung gilt, so daß die Zahlung lediglich als Zahlung in eigenem, nicht als Zahlung in fremdem Interesse erscheint. Daher versagt es insbesondere auch den Regreß mehrerer Mitbürgen untereinander, da die Bürgschaftsübernahme nicht im gegenseitigen Interesse der Mitbürgen geschieht [1]) und daher unter ihnen kein Cessions- oder Communverhältniß begründet, § 4 J. de fidej., fr. 39 de fidej., c. 11 pr. de fidej.

Dieser formale Standpunkt genügte den römischen Juristen nicht, aber sie vermochten es nicht, sich völlig von ihm zu emancipiren. Ein Recht, welches eine lex Appuleja schuf (Gajus III 122), welches ein beneficium divisionis gewährte, konnte sich der Ansicht nicht verschließen, daß, wenn auch die Zahlung des einen Correalschuldners direkt nur die eigene formale Verbindlichkeit dieses Correalschuldners und erst per consequentiam auch die übrigen tilgt, diese Zahlung nichtsdestoweniger auf materielle Zwecke abzielt, welche der einen Schuld gerade so zu Grunde liegen wie der andern — oder welche die Schuld des einen noch in erhöhtem Maße durchdringen, als die des anderen. Eine tiefere Betrachtungs-

meinsame Sklave eine Schuld contrahirte: es war eine Schuld mit gemeinsamer Peculiarhaftung: aber ein jeder haftete für das ganze Peculienvermögen, auch für dasjenige, welches dem condominus gehörte; er hatte aber nach Antheil des Peculiarvermögens den Regreß; so Julian, welchem die Jurisprudenz folgte, fr. 25, fr. 9 comm. divid., fr. 27 § 8 de pecul.; fr 8 § 4 comm. div.

1) Insofern richtig Savigny, Obligationenrecht 1 S. 278.

weise, welche sich durch die formale Construction nicht beirren läßt, muß daher zur Erkenntniß gelangen, daß die Befreiung des Mitschuldners durch die Zahlung des einen Schuldners nicht in zufälliger Constellation der Verhältnisse, sondern in den Zwecken und Zielen des ganzen Correalinstitutes liegt; daß daher die formale egoistische Zahlung materiell eine Zahlung zu gemeinsamem materiellem Erfolge — oder gar zum materiellen Erfolge eines ganz anderen Correalschuldners ist, dem gegenüber sich die übrigen materiell lediglich in Bürgschaftsstellung befinden. Und diese Auffassung muß zum Regreß führen, zum Regreß nach Köpfen, ausnahmsweise zu einem Regreß nach anderen Antheilen — mitunter selbst zu einem Regresse gegen einen der Correalschuldner auf das Ganze. Das römische Recht ist nun allerdings zur Vollentwicklung dieses Gedankens nicht gelangt, obgleich es in dem beneficium cedendarum actionum und in anderen Bestimmungen bemerkenswerthe Ansätze bietet, vergl. fr. 1 § 13 tut., c. 2 contr. jud. [1]). Andere Rechte haben ihn weiter entwickelt, insbesondere das islamitische Recht [2]), und daß das moderne Recht den Beruf hat, auch hier den materiellen Rechtsgedanken zum Siege zu bringen, kann nicht dem mindesten Zweifel unterliegen; schon Molinaeus postulirte einen solchen Regreß, und gerade im französischen Rechte ist die materielle Theilung

1) Nicht hierher gehört die berühmte lex ex facto, fr. 29 de neg. gest., welche vielfach mißverstanden wird. Denn hier „ergibt" nicht etwa (wie Rudorff, Vormundschaft III S. 37 annimmt) „der Zusammenhang hinlänglich", daß von der act. neg. gest. contraria die Rede sei; vielmehr ist ganz sicher von einer act. neg. gest. directa die Rede, welche dem curator gegenüber dem subcurator wegen seiner schlechten Geschäftsführung zusteht — ganz ebenso wie dem Magistrat gegenüber dem Collegen, welchem er eine zunächst ihm zukommende Amtshandlung übertragen hat, die actio mand.; vgl. fr. 8 § 4 mand.

2) Vgl. meine Abhandlung in der Z. f. vgl. Rechtswissensch. VI S. 217 f. Ueber das jüdische Recht vgl. Auerbach, jüd. Obl. R. S 610 f.

des Zahlungsinteresses zur Durchbildung gelangt [1]) — sogar in einem Maße, welches die Festigkeit des formalen Gefüges der Correalpflicht zu sprengen droht. Und insbesondere auch was die Bürgschaft betrifft, kann sich das heutige Recht mit den oben S. 72 f. 88 f. entwickelten Entscheidungen des Scävola und des Papinian, fr. 60 § 1 mand., fr. 8 de usufr. ear. rer., fr. 53 mand. nicht begnügen; sie sind insofern richtig, als sie die Gestionsnatur der Bürgschaft verneinen; aber auch wenn in der Bürgschaft an sich keine Gestion enthalten ist, kann in der Zahlung eine solche enthalten sein. Doch das Nähere würde uns zu weit in das Gebiet der Correalobligation führen, welches seiner besonderen rechtsvergleichenden Behandlung bedarf. Hier war nur hervorzuheben, wie das Princip von der Einheit und Getheiltheit des Interesses in dieser Lehre eine Rolle spielt.

§ 13.

Aus dem Gesagten dürfte hervorgehen, daß der Gesichtspunkt der Menschenhülfe allein im Stande ist, die Negot. Gestio ins richtige Licht zu stellen. Nicht auf den Einzelwillen, nicht auf die Verschränkung mehrerer einzelner Willen darf die Theorie der Rechtsgeschäfte gebaut werden: die Rechtsgeschäfte sind nach den socialen Zwecken und Zielen der Rechtsordnung zu characterisiren; ebensowenig, als die Volkswirthschaftslehre, darf die Rechtswissenschaft eine individualistische bleiben: in der Rechtswissenschaft wie in der Nationalökonomie ist es der größte Fehler, wenn man verkennt, daß der Einzelne lediglich das Organ eines großen Ganzen ist.

Hier darf noch schließlich einiger Ausläufer des Instituts gedacht werden. Denn wie alle fruchtbaren Rechtsgebilde, hat

1) Man fingirte eine vertragsmäßige Subrogation, eine cessio actionis; vgl. über diese Entwicklung namentlich Pothier, Traité des obligations II ch. III a. 8 § 5.

dasselbe einen erweiterten Wirkungskreis gewonnen, sofern es nicht nur die ihm entsprechenden Bedürfnisse des Lebens befriedigt, sondern auch neue Gebilde, neue segenbringende Institute erzeugt hat. Und in der That, das Institut der Menschenhülfe ist so ausgiebig, es greift so tief in alle Gebiete des socialen Lebens ein, daß es die Möglichkeit bot, die Construction von Verhältnissen anzubahnen, welche einem ganz anderen Kreise socialer Ideen angehören.

Es ist keine Menschenhülfe, wenn Jemand widerrechtlich in meine Interessen eingreift, nicht um mich zu unterstützen, sondern um mich zu spoliiren [1]). Aber die Rechtsordnung kehrt den widerrechtlichen Willen gegen den Thäter und sagt: du kannst in keiner Weise besser behandelt werden, als wenn du deine Thätigkeit in einer meinen Interessen förderlichen Weise ausgeübt hättest: hättest du es gethan, dann läge negotiorum gestio vor und du würdest mit der actio neg. gest. directa haften; du wärest haftbar für sämmtlichen Gewinn, welchen du gezogen, du bist es auch jetzt: nihilominus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione: so fr. 5 § 5 de neg. gest. — es ist der gleiche Satz wie der Satz des englischen Equityrechts, daß der Spoliant haftet, als wäre er der trustee des Spoliirten; ein Satz, welcher in Deutschland noch nicht diejenige allgemeine Anerkennung gefunden hat, welche wünschenswerth wäre [2]). Allerdings ist diese Anwendung des Gestionsgedankens eine relative: der Uebelthäter hat die Verpflichtung, er hat nicht die Berechtigung

1) Uebrigens kann der Gedanke auch im Falle der gutgläubigen Ausbeutung fremden Vermögens zutreffen, vgl. Reichsoberh. Gericht 13./9. 1877 Entsch. XXII S. 338 f., auch 7./1. 1874 ib. XII S. 180 f. 189; doch wird er hier oftmals durch andere Rücksichten (gutgläubigen Fruchtgenuß u. dgl.) gekreuzt.

2) Vgl. mein Patentrecht S. 457 f., mein Autorrecht S. 309 f. (diese Jahrb. XVIII S. 438 f.), mein Recht des Markenschutzes S. 360 f.

aus der Gestion, denn seine Thätigkeit ist ja kein Rechtsgeschäft, sie ist ein Delict; ein Ersatzanspruch steht ihm daher nur insofern zu, als ein solcher ohne Rechtsgeschäft gewährt wird — ein Ersatzanspruch wegen ungerechtfertigter Bereicherung, fr. 5 § 5 de neg. gest., c. 5 § 1 de rei vind., und auch dieser wird dann versagt, wenn ein furtum, eine Entwendung beweglicher Sachen vorliegt, vergl. c. 1 de infant. expos., fr. 13 de cond. furt.

So konnte die Rechtsordnung die eigenen Waffen des Uebelthäters gegen ihn selbst kehren: je eifriger er sich bemühte, aus der fremden Sache unberechtigten Gewinn zu schöpfen, in je größerem Maßstabe er sein Ausbeutungssystem betrieben hat, um so kräftiger tritt die Rechtsordnung ein, und der unberechtigte Gewinn wird bis in seine letzten Ausläufer verfolgt[1]). Wie dürftig wäre der Schutz, wenn dem Verletzten lediglich das ersetzt würde, um was er geschädigt wurde, d. h. was er mit dem spoliirten Gute hätte erwerben können, — und wenn dem Spolianten der darüber hinausgehende Gewinn verbliebe — der Gewinn, welcher vielleicht diese Entschädigung dreifach übersteigt: dann wäre eine Spoliation immer noch ein lohnendes Geschäft und die Rechtsordnung stünde wehrlos den Mächten des Unrechts gegenüber[2]). Vergl. noch fr. 32 und fr. 48 de neg. gest.

1) Die actio neg. gest. directa gewährt auch den Vortheil, daß sie auf Rechnungsstellung gerichtet werden kann; vgl. Reichsoberhand.Gericht 13./9. 1877 Entsch. XXII S. 338 f.

2) Mit der actio neg. gest. läßt sich auch abhelfen, wenn beispielsweise Jemand sich ohne Billet in das Theater oder Concert einschmuggelt, unberechtigtermaßen Waaren zu Schiffe mit sich führt, oder überhaupt eine Anstalt benutzt, ohne den dafür festgesetzten Preis zu bezahlen. Er muß sich behandeln lassen, als ob er im Interesse der Anstalt gehandelt hätte, und muß den üblichen Preis, und wenn verschiedene Preise üblich, den höchsten entrichten. Man vgl. fr. 12 § 2 de usufr., in Verbindung mit

Das Gesagte ist dann von besonderer Bedeutung, wenn die Ausbeute des Spoliators durch ein Rechtsgeschäft erfolgte, welches der Dominus redressiren könnte, welches er aber ratihabirt; so insbesondere, wenn der Spoliator die Sache veräußert oder Forderungen einzieht, c. 3 § 1 de rei vind., c. 9 und 19 de neg. gest. Vgl. auch oben S. 101 No. 3.

Aber auch nach anderer Richtung hat das Institut Ansätze zu gedeihlicher Weiterentwickelung geboten. Geschäfte zu Gunsten Dritter konnten sich unter die Kategorie der negot. gestio bergen; man konnte den Verpflichteten als einen Gestor des Dritten behandeln, und der Dritte hatte die act. neg. gest., dies namentlich, wenn es sich um einen Transport an einen bestimmten Destinatär handelt: der Destinatär, an dessen Adresse der Transportvertrag gerichtet ist, konnte als dominus negotii, der Frachtführer als Gestor behandelt werden: der Destinatär hatte daher einen direkten Anspruch auf das Frachtgut, das Problem des Transportvertrages in favorem tertii war gelöst [1]) — allerdings noch nicht in vollkommener Weise. Der Verkehr verlangt, daß der Destinatär mit einem bestimmten Zeitpunkte gegen den Frachtführer einen Anspruch erlangt, unabhängig von dem Revocationsrechte des Absenders, daß er ihn erlangt vor Vollausführung des Frachtauftrages, vor Uebergabe der Waare. Nach den Grundsätzen der Negot. Gestio aber, wie sie oben S. 78 f. entwickelt wurden, müßte man sagen: im Widerstreit zwischen der actio mandati (bezw. ex locato conducto) und zwischen der actio neg. gestorum directa

fr. 5 § 5 de neg. gest. Dieser Grundsatz ist im Seerecht schon von alters her anerkannt; vgl. Consulat der See c. 68 (Pardessus, Collect. II p. 115 f.); vgl. Handelsgesetzbuch a. 565. Auch die wissentliche Einziehung einer fremden Forderung gehört hierher, Reichsgericht 14./10. 1884 Seuffert XL 103.

1) Vgl. über dieses Problem auch Duverdy, Traité du contrat de transport p. 20.

geht die erstere vor, da die Gestion nach Maßgabe des Auftrags übernommen wurde (vergl. fr. 22 § 10 mand. und oben S. 79). Man müßte daher im Widerspruch mit dem Gestionsrechte von einem bestimmten Zeitpunkte an die actio neg. gest. directa prävaliren lassen, um den Postulaten des Verkehrs zu entsprechen — diese Postulate aber befriedigen sich auf die einfachste Weise durch Aufstellung des Vertrags zu Gunsten Dritter. Dies ist die Construction des heutigen Rechts. Immerhin war die römische Construction ein Aushülfsmittel, und ein Aushülfsmittel, dessen sich die Römer bedienen konnten, um in ihrer Sphäre die Rechte des Adressaten gegenüber dem Frachtführer[1]) zu regeln, fr. 5 § 4 de neg. gest.[2])

Ebenso konnte man mit Hülfe unserer Rechtsfigur den Mangel der Stellvertretung verdecken[3]): zunächst konnte der procurator nur in eigenem Namen, er konnte nicht im Namen seines Herrn contrahiren, aber man konnte seinen Mitcontrahenten als Gestor gegenüber dem Dominus ansehen, man konnte ihm die Gestionsklage gegenüber dem Herrn geben, fr. 5 § 3, fr. 30 pr. de neg. gest.[4]) — und es entwickelte

1) Ueber solche Frachtverträge bei den Römern vgl. auch Petron., sat. 101: Lichas Tarentinus ... onus deferendum ad mercatum conducit.

2) Aehnlich hat man einen Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Käufer, wornach dieser den Pachtvertrag aushalten soll, als negot. gestio zu Gunsten des Pächters für wirksam erklärt; AG. Celle 2./10. 1872 Seuffert Arch. XXVIII 22.

3) Vgl. zum Folgenden auch Ruhstrat, Die negot. gestio des dritten Kontrahenten (aus dem Magazin f. d. deutsche Recht der Gegenwart III 1).

4) Fr. 30 pr. ist aus Papinian's l. 2 resp. Vgl. über die Stelle Cujac. in l. II Respons. Papin. (Ed. Mut. IV p. 805 f.; ferner Ruhstrat, Arch. f. civ. Prax. XXXIII S. 37 f., und in der eben erwähnten Schrift S. 12 f. Ueber das fr. 5 § 3, welches nicht von Julian, sondern von Ulpian herrührt, s. oben S. 86 f.

sich die actio ad exemplum institoriae. Bekanntlich war es Papinian's Scharfblick, dem vorzüglich dieser Fortschritt zu verdanken war; im zweiten Buche seiner Responsen lehnt er sich an die actio neg. gest. an: negotiorum gestorum actio ... ad exemplum institoriae actionis; freier ist er im dritten Buche der Responsen, wo er sich dieser Krücke entledigt, fr. 19 pr. de instit. act., fr. 13 § 25 de act. emt. vend., fr. 10 § 5 mand.; vergl. auch Paullus in fr. 16 de instit. act.[1]). Man konnte fürder dieser Krücke entbehren: Wenn schon die (unvollkommene) Vollmachtssituation des Procurators an und für sich eine Action gegen den Dominus erzeugt, eine actio quasi institoria, so bedarf es nicht mehr des Nachweises, daß das Geschäft im Interesse des Dominus eingegangen ist; die actio quasi institoria würde ja auch gelten, wenn das Geschäft das Interesse des Dominus gar nicht berührte — wenn es nur innerhalb der Vollmacht läge. Die actio negot. gest. wird daher durch die Institorienklage consumirt, sie wird consumirt, wie oben durch die Mandatsklage, und es kann ihr daher eine so weite Bedeutung, wie Ruhstrat annimmt, nicht zugestanden werden. Wohl aber kann sie immer noch von Wichtigkeit werden, wenn dem Procurator, welcher die Geschäfte des Dominus führt, eine Vollmacht nicht zur Seite steht. Allerdings hat in diesem Falle der Dritte, welcher mit dem Procurator contrahirt, gegen den Dominus die actio de in rem verso[2]), aber nur bis zur Bereicherung, fr.

---

1) Aus Paulli l. 29 ad Edictum. Dasselbe kann allerdings vor Papinians l. 2 und 3 Respons. geschrieben sein; doch sind die Responsen Papinians jedenfalls viel früher gegeben worden, als sie von dem größten Casuisten aller Zeiten zusammengestellt worden sind.

2) Vgl. auch Oberst. Gerichtsh. München 16./4. 1873 Seuffert XXXIII 22. Vgl. auch Rochall, Rechtsfälle I S. 83 f.

82 pro socio, c. 7 § 1 quod cum eo [1]). Hier ist es daher immer noch von Bedeutung, daß der Dritte, wenn seine Intention zugleich auf die Geschäfte des Dominus gerichtet ist, auch die Gestionsklage gegen den Dominus hat, daß er sie hat nach Maßgabe des mit dem Procurator abgeschlossenen Vertrags, weil bereits in diesem Vertrag, nicht erst im Vollzug desselben eine Negot. Gestio erblickt werden kann. Vorausgesetzt ist natürlich, daß der Mitcontrahent davon weiß, daß das Geschäft nicht für den Procurator, sondern für einen Dritten ist [2]); denn falls er dies nicht weiß, kann zwar seiner Zeit in der Ausführung des Vertrages eine Gestion zu Gunsten eines Dritten enthalten sein, nicht aber in dem Vertrage selbst. Wenn also der Glaser auf Bestellung des A die Reparatur von Fensterscheiben übernimmt, so liegt in der Vertragschließung des Glasers keine Negot. Gestio zu Gunsten des Eigenthümers der Scheiben, er müßte denn von dem Eigenthum des Dritten wissen und auch für ihn handeln wollen — sofern dagegen der Glaser die Fenster reparirt, führt er die Geschäfte desjenigen, welchem die Fenster gehören, sollte derselbe auch eine andere Person sein, als der Glaser vermeinte. Der Grund ist einleuchtend: die

1) Vgl. hierzu auch Witte, Bereicherungsklagen S. 265 f. Die Annahme, daß in diesen Stellen lediglich von einer actio negot. gest. die Rede sei, ist verfehlt. Nicht daß das Geschäft von dem Dritten contemplatione domini abgeschlossen wird, ist maßgebend, sondern daß in rem ejus pecunia processit. Vgl. neuerdings Dernburg, Pand. II S. 40 f.

2) Vgl. OLG. Braunschweig 11./1. 1884 Seuffert XXXIX 299. Vgl. auch das Nassauer Erkenntniß 10./9. 1873 Seuffert XXIX 20: „Hat der Kläger bei dem Vertrage die Absicht gehabt, für den Dritten zu handeln, dann hat er unter den sonstigen Voraussetzungen die Klage aus der auftragslosen Geschäftsführung (actio negotiorum gestorum contraria), welche weder die Bereicherung des Dritten noch die Ratihabition des Geschäftes durch denselben verlangt. Ist dagegen die eine oder andere dieser letzteren Voraussetzungen vorhanden, dann hat er auch, wenn er das Interesse des Dritten bei dem Vertragsschluß nicht kannte, die Contractsklage (actio utilis) gegen ihn".

Ausführung der Reparatur erweist sich als etwas Objectives, einem jeden Eigenthümer von selbst Zukommendes. Der Reparaturvertrag dagegen schwebt noch vollständig zwischen den Contrahenten und kann durch Gegenvertrag zwischen beiden jeden Augenblick außer Kraft gesetzt werden, ohne daß ein Dritter dagegen Einsprache zu machen hätte [1]). Mit dem Vollzug des Arbeitsvertrags objectivirt sich die Thätigkeit des Handwerkers: re ipsa tritt sie aus der Sphäre einer bloßen intercontractuellen Vertragserfüllung hervor zu einer von den Contrahenten unabhängigen Zweckleistung. Darum ist der Vollzug des Auftrages eine negot. gestio zu Gunsten des dritten Dominus, auch wenn der Handwerker den dritten Dominus nicht kennt; der Vertrag selbst aber kann eine neg. gestio nur sein, wenn er in Bekanntschaft der außercontractlichen Interessen des Dritten eingegangen worden ist.

V. Belohnung.

Sollte es mit dem Ersatz der Auslagen abgethan sein? Sollte nicht die Menschenhülfe zu einer gesetzlichen Belohnung berechtigen, zu einer Belohnung, welche nach Befund der Sache, nach der Wichtigkeit des Effektes, nach der Größe der Arbeit, nach der Höhe der Gefahr abzuschätzen ist [2])?

Hierbei ist zunächst das eine sicher, daß das Recht den Bogen nicht zu hoch spannen darf. Auch bei der höchsten Art der Menschenhülfe, bei der Rettung des Lebens darf das Recht nicht die Prätention erheben, eine Belohnung zu ge-

1) Vgl. den Fall bei Vivante, contr. di assic. I nr. 89.

2) Richtig bemerkt Dargun, Egoismus und Altruismus S. 59, daß der Altruismus mit wirthschaftlicher Entgeltlichkeit vereinbar ist; ja ich möchte beifügen, daß solche wirthschaftliche Entgeltung gerade ein Hauptstimulant altruistischer Thätigkeit ist. Egoistisch ist hier der Belohnungserfolg, die Thätigkeit bleibt altruistisch.

währen, die mit dem Erfolge der Leistung auch nur einigermaßen im Gleichgewicht steht — und doch sind mehrere Rechte davon ausgegangen — eine der interessantesten Seiten der Rechtsgeschichte enthüllt sich uns: der Gerettete verfällt ursprünglich dem Lebensretter, wie der losgekaufte Gefangene dem Loskäufer [1]); er gehört ihm, solange er sich nicht durch den Lebenspreis, durch das Wergeld von ihm löst. Insbesondere sind orientalische Seerechte von diesem Gedanken getragen, und wir finden es bereits als eine Milderung hervorgehoben, daß der Loskaufspreis eine bestimmte Summe nicht übersteigen darf; im übrigen ist die Summe um so höher, je imminenter die Lebensgefahr ist, in welcher der Gerettete schwebte: war er auf einer Insel, wo er Lebensmittel fand, so ist der Preis geringer, als wenn er von einem Riffe gerettet worden ist, auf welchem er in kurzem verhungert oder von den Wellen hinweggespült worden wäre [2]). Hieraus ist der gesetzliche Rettungslohn geworden: aus dem Loskaufspreis wurde eine Belohnung der thätigen Menschenhülfe. Ein höchst interessanter Ausdruck des alten Gedankens ist es, wenn nach der sog. Rhodischen Compilation auch die geretteten Personen — nicht nur die geretteten Waaren beitragen müssen, um den Werth der geworfenen Sachen zu decken [3]).

Allerdings ist die heutige Gesetzgebung diesem Lohnanspruche gegen die gerettete Person nicht sehr günstig gewesen. Eine Beitragspflicht des geretteten Passagiers für die geworfenen Waaren ist nicht statuirt, nicht einmal die Reiseeffekten

---

1) Aehnlich im birmanischen Rechte, vgl. meinen Aufsatz, Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 184, im malaischen Seerecht, vgl. meinen Aufsatz im Goldschm. Z. XXXII S. 78.

2) Vgl. meinen cit. Aufsatz in Goldschm. Z. XXXII S. 78.

3) Pardessus, Collection I p. 243, 253: an letzterer Stelle heißt es: οἱ ναῦται καὶ οἱ ἔμποροι καὶ τὰ φορτία καὶ τὸ πλοῖον σωθέντα εἰς συμβολὴν ἐρχέσθωσαν.

sollen conferiren, a. 725 H. G. B.; und ein Berge- oder Hülfslohn gegen die geretteten Personen als solche kennt unsere Gesetzgebung nicht [1]) — obgleich in manchen occidentalen Rechten betont wird, daß, wenn die Beihülfe Personen und Sachen zugleich geleistet wird, derjenige, welcher sich der Personenhülfe widmet, in der Betheiligung an dem Hülfs- oder Bergelohn gegenüber denjenigen Personen, welche Sachhülfe geleistet haben, nicht zurücksteht [2]). Das ist das Mindeste, was die Rechtsordnung dem Lebensretter bieten kann; aber es ist wenig, es ist viel zu wenig; der Idealismus des Rechts muß mit den realen Verhältnissen rechnen. Und wenn der Antwerpener Congreß a. 44 aufstellt: Les passagers dont la vie a été sauvée ne doivent pas contribuer à la rémunération spéciale d'assistance, so ist dies kein richtiges System; mindestens müßte auf anderem Wege für die Vergütung der Personenhülfe gesorgt werden [3]).

Noch deutlicher läßt sich die Entwickelung bei dem Strandgute verfolgen. Daß das Strandgut ursprünglich dem Finder gehörte, ist ein Satz grauer Vorzeit, der bis weit in die Tage der Kultur hineinragt; das Strandgut ist ursprünglich dem Strandbewohner geweiht — selbst der verunglückte Seemann fällt am Altare der fremden Gottheit. Zu den interessantesten

1) Ueber das deutsche Recht vgl. Schröder in Endemanns Handb. d. Handels-R. IV S. 292. 294.

2) So das deutsche Handelsgesetzb. a. 750: „Zur gleichmäßigen Theilnahme sind auch diejenigen berechtigt, welche in derselben Gefahr der Rettung von Menschen sich unterzogen haben." Nach englischem Recht geht der Anspruch der Personenretter vor, Merch. Shipping Act. s. 458. 459. Vgl. auch Entscheid. des High Court 27./11. 1877 Journ. du droit intern. privé V p. 287.

3) Nach der Merch. Sh. Act. kann, wenn die geretteten Gegenstände nicht ausreichen, um für die Personenhülfe genügenden Ersatz zu bieten, das Board of Trade mit Staatsmitteln aushelfen. Vgl. darüber auch Sainctelette, assist. marit. p. 22 f.

Zügen der Seerechtsgeschichte gehört es nun, wie dieser Grundsatz zurückgedrängt, wie das fortdauernde Recht des Eigenthümers allmählich immer mehr anerkannt wurde — und aus dem Eigenthum des Finders ging der Anspruch auf gesetzlichen Hülfs- und Bergelohn hervor [1]). Ich würde an dieser Stelle zu Unrecht meinem historischen Hange nachgeben, wollte ich die Geschichte dieser Entwicklung skizziren. Erwähnt sei hier nur beispielsweise die lex Utinensis XXIV 7: daß die gestrandeten Sachen dem Eigenthümer verbleiben, wird hier vorausgesetzt und quicumque homo qui de ipsa rem, quod ibidem cum ipsa nave perierat, aliqua exinde ipsa rem aut, si ipsa naves liberare potuerit, juxta legem ille qui exinde de ipsa rem liberaverit, mercedes accipiat [2]). Dieser Hülfs- und Bergelohn ist im modernen Rechte geblieben [3]), er wird bleiben; die Höhe desselben ist natürlich arbiträr; sie ist zu bestimmen nach dem Resultat, nach der Hülfsarbeit, nach der Gefahr, Deutsches Handgesb. a. 744 [4]).

1) So bestimmt der noch heutzutage gültige a. 27 der französischen Ordonn. v. 1681 l. IV titre 9: si . . . les effets naufragés ont été trouvés en pleine mer ou tirés de son fond, la troisième partie en sera délivrée incessamment et sans frais, en espèce ou en deniers, à ceux qui les auront sauvés . . . . Der sauveteur bekommt zwar nicht mehr das Ganze, wohl aber noch $^1/_3$. So auch schon das frühere Recht laut Ordonnance v. 1543. Vgl. auch Demangeat im Journal du droit intern. privé XII p. 143 f. 146, und Urtheil des französischen Cass.-Hofs 6./5. 1884 ib. XI p. 512 f. 517 f.

2) Vgl. Schupfer, l'allodio p. 114. Treffend verweist derselbe p. 113 auch auf die pactio Sicardi (des Beneventanerherzogs) von 836 c. 13, worin Sicherheit des Eigenthums und der Person in der Seenoth garantirt wird.

3) Vgl. beispielsweise Lübecker Oberhof 1482 (Michelsen, Oberhof S. 217). Auch auf Sachen, die aus dem Fluße geländet wurden, dehnte man das Princip des Bergelohnes aus; z. B. Edderßheimer Weisthum 1453 (Grimm, Weisth. I S. 558).

4) Vgl. auch den Antwerpener Congreß v. 1885 a. 44 (Journ. du droit intern. privé XII p. 626. 638); Antwerpener Urth. ib. XIII p. 374.

Dieselbe Erscheinung läßt sich auf dem Gebiete des interterranen Findens verfolgen. Die gefundene Sache gehört ursprünglich ganz oder zum Theil dem Finder — bei der Entdeckung des Schatzes ist es ja bis im modernen Rechte hierbei geblieben [1]); und nach chinesischem Recht erhält jetzt noch der Finder die Hälfte der Sache als Finderlohn [2]); und wenn sich der Eigenthümer nicht meldet, verfällt noch heutzutage die Sache dem Finder — einen wichtigen Concurrenten hat er allerdings im Laufe der Entwickelung — den Fiscus, und dieser hat im chinesischen Recht seine Ansprüche schon frühzeitig geltend gemacht — im 11. Jahrh. v. Chr. [3]). Der Finderlohn ist die richtige Mitte, um welche die Entwickelung oscillirt, er ist eine völlig gerechtfertigte Schöpfung des Rechts: er verbindet den Realismus des Lebens mit der Idealität der Menschenhülfe: es ist ein übergroßer Idealismus, wenn manche Rechte dem Finder eine gratuite Wiedergabe ansinnen, wenn sie seine volle Ehrlichkeit verlangen und ihn für seine Mühewaltung leer ausgehen lassen [4]). Dem Finder steht gleich,

---

1) Manche Völker allerdings verwerfen auch das Schatzfinderrecht und lassen den Schatz dem Eigenthümer des Grundstücks oder dem Erben desjenigen, welcher nach Wahrscheinlichkeit den Schatz vergraben hat, zukommen. Man vgl. bezüglich des jüdischen Rechts Fassel, mosaisch-rabbin. Recht I S 200 f. Ueber das armenische Recht ist an einer andern Stelle zu handeln.

2) Vgl. meinen Aufsatz in der Z. f. vgl. Rechtsw. VI S. 352.

3) Aehnliche Tendenzen des deutschen Rechts sind bekannt; vgl. z. B Sachsenspiegel II 37 § 3, Schwabensp. (Laßberg) c. 347, Kaiserrecht II 40; dazu Gosen, Privatrecht nach dem kleinen Kaiserrecht S. 70 f.; Weisthum Burgau (Grimm, Weisth. I S. 200), Fischbach (ib. I S. 776) Liesdorf (ib. II S. 14) u. s. w.

4) Das römische Recht bedarf keiner Ausführung; bekanntlich verwirft fr. 43 § 9 de furt. den Anspruch auf Fundlohn: non probe petat aliquid Das jüdische Recht kennt keinen gesetzlichen Finderlohn, Fassel, mosaisch-rabbinisches Recht I S. 197. Das deutsche Recht hat schon in frühen Stadien einen Finderlohn gewährt; so lex Visigoth. VIII 5 § 7: per sin-

ja ihm geht vor, wer die Sache den Dieben und Räubern abjagt, denn sein Dienst ist ein noch wichtigerer, seine Aufopferung eine noch weit größere [1]).

Ueberhaupt ist die Belohnung des Lebensretters, die Belohnung des Finders, des Helfers in der Seenoth und des Strandbergers ein dringendes Postulat des Rechts. Ferne sei es, daß die Rechtsordnung das Gebiet der Sittlichkeit völlig absorbiren und die Principien der Dankbarkeit in Gesetzesparagraphen fassen wollte. Die Rechtsordnung kann immer nur einen Ausschnitt der Sittenordnung für sich appropriiren — das aber kann sie, und die ganze Entwicklung des Rechts drängt dahin, immer größere Gebiete der Sittlichkeit in seinen Bereich zu ziehen, während auf der andern Seite die Sphäre der Sittlichkeit sich immer mehr erweitert und stets neue Gebiete erobert — so repräsentirt der Kulturfortschritt eine ständige Steigerung des Idealismus, und damit eine ständige Steigerung des in den Idealismus sich hineinflechtenden Realidealismus — der Realidealismus aber ist das Recht. Man sage immerhin, Dienste, wie Lebensrettung lassen sich nicht realiter belohnen und ein Wergeld, ein Lebenspreis wi-

---

gula capita majora quaternas siliquas ille, qui invenerit, accipiat et, quantum in substantia ipsius caballi expendisse juraverit, a domino caballi recipiat. Vgl. dazu Schupfer, Allodio p. 113. Spätere Rechte sind spärlicher; vgl. Delbrück in diesen Jahrb. III S. 11 f. 33 f., woselbst auch über die neueren Legislationen.

1) Daher Sachsensp. II 37 § 2: Is aver jene von eme anderen gerichte des dat gut is, so behalt he's den dridden deil, die 't den dieven oder den roveren afgejaget hevet; Görlitzer Landrecht c. 47 § 10; Richtsteig Landrechts c. 15 § 1: so vrage de dat afjagede, wat he des vor sin arbeit hebben scole. So vintme den drudden del. Ueber denjenigen, welcher einen fugitivus ergreift vgl. lex Burgund. VI 1: si quis fugitivum intra provincias ad nos pertinentes corripuerit, pro fugitivo solidum I accipiat. Et si fugitivus ille caballum secum ducit, pro caballo semissem, pro equa tremissem accipiat . . . .

verspreche unserer Rechtsanschauung: richtig, aber viele Dienste lassen sich nicht belohnen, sofern man unter der Belohnung ein fixes Aequivalent der Dienste erblickt [1]; daraus aber, daß eine äquivalirende Belohnung unmöglich ist, folgt nicht, daß eine Belohnung überhaupt nicht stattfinden soll [2]. Dies wäre jene Art des mißverstandenen Idealismus, welcher Gelehrte, Künstler, Wohlthäter der Menschheit der Armuth preisgeben würde, weil ihre Dienste so hoch stehen, daß sie nicht zu äquivaliren sind [3]; es wäre eine unrichtige Maxime, daß man nichts geben solle, wo man nicht genug zu geben vermag; es wäre die Maxime, daß man das Ideal aufgeben solle, wenn es nicht erreichbar ist. Aber wenn auch das Ideal nicht erreicht werden kann, so ist das Streben nach diesem Ziele die Aufgabe des Menschen: gerade darin besteht das richtige Menschenstreben, daß es sich immermehr den idealen Zielen annähert, und wer die höchste Idee nicht erlangen kann, soll

---

1) Vgl. auch Seneca de benef. VI 15 bezüglich des medicus und des praeceptor: his non rei pretium, sed operae solvitur, quod deserviunt, quod a rebus suis evocati nobis vacant.

2) Paullus, Sent. V 11 § 6 erkennt die Lebensrettung als inästimablen Dienst an: contemplationem salutis certo modo aestimari non placuit. Aber daraus schließt er mit Recht nur, daß die Belohnung eine möglichst ausgiebige sein solle: die Schenkung an den Lebensretter soll den Schranken (der lex Cincia) bezüglich der Schenkungshöhe nicht unterworfen sein — wenn man eine solche Schenkung überhaupt noch als Schenkung, wenn man sie nicht vielmehr als Belohnung einer ausgezeichneten Leistung zu bezeichnen hat: si tamen donatio et non merces eximii laboris appellanda est. Dies der klare Gedankengang des Paullus, welcher in fr. 34 § 1 de don. bedeutend verdunkelt ist. Vgl. auch Savigny, System IV S. 97 f.

3) Vgl. auch Papinian in fr. 27 de donat.: non meram donationem esse, verum officium magistri quadam mercede remuneratum. Allerdings statuirt Ulpian in fr. 1 de variis cogn. einen übertreibenden Idealismus, welcher in unseren Zeiten des individualistischen Drängens gerade zum Untergange der idealen Güter führen würde.

mindestens darnach ringen, ihr immer näher zu kommen. Wie dürftig ist beispielsweise unser deutsches Entschädigungsrecht gegenüber dem französischen und englischen, weil wir erst angefangen haben, neben dem realen Schaden auch die ideale Schädigung, die Seelenangst, die Pein des Innern und die Qual durchwachter Stunden mit in den Entschädigungsnexus zu ziehen. Auch hier hat wieder der Satz von der Incommensurabilität, von der Unmöglichkeit der Aequivalirung u. s. w. unsere Postulate zu durchkreuzen versucht. Aber was nicht völlig erreicht werden kann, soll doch erstrebt werden; sonst könnte die ganze Rechtsordnung abdiciren, weil sie ihr letztes Ziel doch nicht völlig erreichen kann; sonst müßte auch die Geldentschädigung wegen verletzter materieller Interessen verworfen werden; denn auch materielle Schäden lassen sich vielfach nicht vollständig äquivaliren.

Der Mangel einer Belohnungsrechtspflicht aber hat seine höchst mißlichen Seiten: er stellt den Helfer in der Noth völlig in die Discretion des Geretteten; er läßt es geschehen, daß eine Person, welche eine Fülle von Lebensgenuß der opferfreudigen That eines Anderen verdankt, in ihrem Lebensgefühle schwelgen darf, ohne daß ihr die Rechtsordnung Rechenschaft auferlegt gegenüber jener hochherzigen That, deren Held vielleicht im bittersten Elende schmachtet; oder daß ein edelmüthiger Thäter von einem herzlosen Erben vor die Thüre gesetzt wird, nachdem der Gerettete gestorben ist, welcher ihm dankbarst Schutz und Unterkunft gewährt hatte; schon die Alten kannten solche Fälle, schon Papinian mußte solch' schnödem Undank entgegentreten (fr. 27 de donat.). Wie man sieht, der Idealismus der Sittlichkeit, welcher alles in das freie Gefühl des Geretteten stellt, schlägt in das Gegentheil um[1]), er führt zu einem sittlichen Mißverhältnisse, wel-

1) So sagt auch Sainctelette, assist. marit. p. 23, man dürfe

ches so schreiend ist, daß das Maß des rechtlich Erträglichen weitaus überschritten wird: das Recht kann viele Unsittlichkeit ertragen, aber bei weitem nicht alle. Auch darf der Egoismus zwar nie der Hauptanreiz für die That des Lebensretters bilden, aber immerhin darf die Sache nicht so gestaltet sein, daß der Idealismus durch entgegengesetzte Rücksichten gelähmt wird. Schon in anderen Punkten hat sich die Rechtsordnung genöthigt gesehen, die Pflichten der Dankbarkeit in ihren Bereich zu ziehen. Ich erinnere an die Revocation der Schenkung oder der Freiheit wegen Undankes, an die besondere Behandlung des Lebensretters bei der Schenkung [1]), bei der Adoption [2]) u. s. w. Ein sachgemäßer Anspruch auf Belohnung desjenigen, welcher Leib und Leben eines Andern aus einer imminenten Gefahr gerettet hat, scheint uns ein dringendes Postulat des Rechts zu sein. Die Belohnung würde natürlich dann cessiren, wenn der Lebensretter selbst vorher widerrechtlich die Gefahr herbeigeführt [3]), oder wenn er sich speciell zu dieser Hülfeleistung im Voraus verbunden hätte [4]), oder wenn durch sein Ungeschick der Tod in anderer Weise eingetreten wäre, die Rettung daher keine definitive war [5]).

---

nicht zulassen, daß ce qui fut à l'origine le cri superbe de l'orgueil patricien finisse honteusement à l'état de devise des mauvais plaideurs.

1) Vgl. fr. 34 § 1 de donat, Vgl. oben S. 135 No. 2.

2) Vgl. Code civ. a. 345: celui qui aurait sauvé la vie à l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant des flammes ou des flots.

3) Vgl. Sainctelette, assistance maritime p. 19. Arg. auch fr. 13 § 22 de act. emt. vend., fr. 58. 59 leg. I; Leist, Civ. Studien II S. 47. 130.

4) Es ist ebenso, wie nach a. 742 Hand.-Gesb. die Besatzung des verunglückten Schiffs keinen Anspruch auf Bergelohn hat. Auch ein öffentlicher Beamter, zu dessen Dienstobliegenheit die That gehört, hat keinen Anspruch auf Belohnung. Vgl. Sainctelette p. 20 f. und das Citat daselbst.

5) Vgl. analog die Entscheidung des englischen High Court 26./6.

Das Postulat eines Belohnungsanspruchs des Lebensretters wäre insbesondere dann stringent, wenn der Lebensretter selbst dabei einen schweren Verlust erlitten, wenn er etwa selbst dabei verwundet oder gar verstümmelt worden wäre — und eine Belohnung für seine Erben, im Fall er dabei sein Leben verlöre, wäre ein Gebot des dringendsten Rechtsgefühls. Dies führt uns noch zu einer letzten Seite der Negot. Gestio.

Eine Belohnung für alle und jede Art der Negot. Gestio würde sich bei der Complication der Umstände kaum statuiren lassen; wohl aber eine Belohnung in gewissen Verhältnissen. Die einzelnen Fälle des Lebensretter-, Fund-, Bergelohnes heben sich als besonders eclatante Züge aus dem Ganzen hervor. Auch in denjenigen Fällen ist eine Belohnung begründet, wo es sich um eine Leistung handelt, welche zu der gewerblichen Thätigkeit des Gestors gehört, wie die Leistung des Kaufmanns, des Arztes, des Advocaten, weil hier die Thätigkeit wie eine pecuniäre Ausgabe zu betrachten ist: die gewerbliche Leistung ist eine Ausgabe aus dem gewerblichen Kapitalfond, welchen der Mann des Gewerbes in sich und seinem Geschäfte trägt; daher führen hier bereits die gewöhnlichen Grundsätze der Negot. Gestio zu einer Belohnung, welche der üblichen Bezahlung solcher Arbeiten im Verkehrsleben entspricht [1]). Im Uebrigen wird sich das Postulat einer Belohnung überall da statuiren lassen, wo der Gestor gelegentlich seiner Geschäftsführung selbst eine Einbuße erleidet — eine Einbuße nicht durch, aber während und im Gefolge

1883, wo der Bergelohn zurückgewiesen wurde, weil das geborgene Schiff durch Unvorsichtigkeit bei der Rettung untergegangen war. Journal du droit intern. privé XII p. 120.

1) So auch, wenn eine Amme ein Kind gestillt hat, welches die Eltern im Stiche gelassen haben. Man vgl. auch fr. 1 § 14 de var. et extraord. cogn.

der Gestion. Bekanntlich hat das römische Recht bei der Societät den Grundsatz aufgestellt, daß der Socius auch den bei Gelegenheit der Führung der Gesellschaftsgeschäfte ihm zustoßenden Nachtheil ersetzt erlangt, soweit es ein Nachtheil ist, bei welchem die Führung der Gesellschaftsgeschäfte zwar nicht die causa efficiens, aber doch die unmittelbare condicio sine qua non gewesen ist — z. B. das Reisemitglied, welches bei einer gemeinsamen Vergnügungstour die Reisegeschäfte besorgt, wird am Billetschalter bestohlen und büßt dabei seine Privatkasse mit ein [1]); — ein Satz, der nicht ohne Bedenken ist und der im römischen Rechte, gegen die Warnung des Labeo, auf die Autorität Julians hin adoptirt wurde, fr. 60 § 1, fr. 61, fr. 52 § 4 pro socio [2]). Neuere Gesetzbücher haben den Satz auf das Mandat ausgedehnt [3]), z. B. der Code civ. a. 2000; und es dürfte sich fragen, ob derselbe nicht auf die negot. gestio herüberzunehmen ist. Dies erscheint als bedenklich, insbesondere da man bei Mandat und Societät sich den Partner auswählen kann, bei der negot. gestio nicht [4]), und eine Verantwortung in infinitum ist überhaupt eine höchst mißliche Sache [5]). Wohl aber ist es gerechtfertigt in solchen Fällen, namentlich auch wenn der Gestor bei seiner Gestionsthätigkeit körperlichen Schaden nimmt, einen arbiträren An-

1) Dies gilt indeß nur, wenn der Diebstahl gerade bei Gelegenheit einer Societätshandlung erfolgt; wenn das „führende" Reisemitglied bestohlen wird, während sie eine Gallerie besuchen oder in der Posada zechen, findet ein Societätsersatz für die gestohlene Privatkasse nicht statt.

2) Bezüglich des indischen Rechts vgl. meine Abhandl. in der Z. f. vgl. Rechtsw. III S. 195 f.

3) Gegen das römische Recht, fr. 26 § 6 mand.

4) Besser begründet erscheint solches im Fall der Vormundschaft; doch wird auch dies vom Standpunkt des gemeinen Rechts verworfen, Rudorff, Vormundschaft III S. 124.

5) Vgl. auch Regelsberger, Rechtsgutachten J. S. der Bank in Winterthur gegen R. Kaufmann u. a., S. 24 f.

spruch auf Vergütung zu statuiren, welcher mit Rücksicht auf die Bedeutung des Geschäfts, auf die Dringlichkeit der Hülfethätigkeit und auf die Größe des Schadens zu statuiren ist; so noch mehr, wenn der Gestor bei dieser Thätigkeit das Leben verliert. Auch hier ist uns das Seerecht vorangeeilt — denn zur See ist Manneskraft und Mannesmuth nicht nur „etwas", sondern sehr viel „werth". Die Vertheidigung des Schiffes gehört zu den Obliegenheiten des Kapitäns, zu den Obliegenheiten der Mannschaft; sie gehört zu denjenigen Thätigkeiten, welche nicht an sich bezahlt werden, deren Bezahlung in dem allgemeinen Dienstlohne inbegriffen ist. Nichts destoweniger hat der Kapitän, welcher bei Vertheidigung des Schiffes beschädigt wurde, Anspruch auf arbiträre Belohnung, und wenn er dabei gefallen ist, so ist seinen Erben eine Belohnung zu bezahlen, Hand.-Gesb. a. 523, 524; und das Gleiche gilt von dem Schiffsmanne, § 49, 51 SeemannsO.

Ein Gleiches, wie im Seerecht, ist im Landrecht zu statuiren, es ist zu statuiren im Fall der neg. gestio; wenn auch in gewöhnlichen Verhältnissen keine Belohnungspflicht aufgestellt werden kann, so ist sie aufzustellen, wenn der Gestor bei Gelegenheit, im Gefolge der Gestion, ohne sein Verschulden, schwer geschädigt worden ist. Sollte der Inhaber eines Fabriketablissements nicht entschädigungspflichtig werden, wenn das ganze Etablissement im Begriffe war zu explodiren und ein aufopferungsfähiger Mann durch einen kühnen Griff die ganze Fabrik und damit das ganze Vermögen des Fabrikanten gerettet, dabei aber eine Hand eingebüßt hat und für immer erwerbsunfähig geworden ist? Oder sollte Jemand, welcher einen durch Räuber angegriffenen Mitmenschen vom sicheren Tode errettet hat, noch selbst die Heilung der Wunden bezahlen müssen, welche ihm bei dieser Gelegenheit geschlagen worden sind? Oder sollten die Erben des Mannes, welcher, ein neuer De-

cius, sich der Unterwelt weihte, um unabsehbares Unglück zu verhüten, der öffentlichen Mildthätigkeit preisgegeben sein?

Und man trage sich nicht wieder mit dem Einwande der rechtlichen Unsicherheit oder gar der Unmöglichkeit der Schätzung — wer in solchen Fällen nicht schätzen kann, soll nicht Richter sein. Unsere Richter, welche im Seerecht solche arbiträren Schätzungen vornehmen können, welche bei der Bemessung der Buße sich auf dem weiten Meere der „psychologischen Arithmetik" zurechtfinden müssen, werden auch dieses zu leisten verstehen. Und dies ist heutzutage nöthiger als je. Gerade bei der gesteigerten Ausbeute der Naturmächte werden solche Fälle in gesteigertem Maße vorkommen: je mehr wir die unheimlichen Erdgötter bannen, um so mehr pflegen sie sich gelegentlich zu rächen und ihre Opfer zu fordern.

Auf diese Weise ist die Berücksichtigung der Menschenhülfe eine Aufgabe des Rechts, ihre gesteigerte Berücksichtigung eine Aufgabe des Rechtsfortschritts. Denn der Rechtsfortschritt ist Kulturfortschritt und jeder wahre Kulturfortschritt führt zur sittlichen Vervollkommnung.

Frommann'sche Buchdruckerei (Hermann Pohle) in Jena.

